Die polizeilichen Massregeln des Reichsstrafgesetzbuchs und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Josef Freiherr von Redwitz,
Rechtspraktikant aus München.

BRESLAU 1909.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Die polizeilichen Massregeln des Reichsstrafgesetzbuchs und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

ACAD. LUDOVIC. BIBL.

Kgl Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Josef Freiherr von Redwitz,
Rechtspraktikant aus München.

BRESLAU 1909.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Referent: Prof. Dr. Fr. Oetker.

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

I. Teil.

Strafe und sichernde Maßnahmen 2

II. Teil.

Die polizeilichen Maßnahmen des Reichsstrafgesetzbuchs.

Allgemeines 27

I. Freiheitsbeschränkungen als sichernde Maßnahmen . . . 29

1) Die Zwangserziehung Jugendlicher 29

2) Die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde . . . 36

3) Die Polizei-Aufsicht 54

4) Die Verweisung aus dem Bundesgebiete 75

II. Die Maßregeln der Einziehung und Unbrauchbarmachung.

Allgemeines 76

1) Die Einziehung.

a) Die Einziehung der dem Täter oder einem Teilnehmer gehörigen Gegenstände nach § 40, sowie die Verfallerklärung nach § 335 81

b) Die Einziehung im sog. objektiven Verfahren; § 42 . 94

c) Die sog. unterschiedslose Einziehung 103

2) Die Unbrauchbarmachung; §§ 41 und 42 126

III. Die Nebenstrafen an der Ehre sowie einige Fälle partieller Unschädlichmachung einer Person durch Entziehung einzelner Rechte oder Fähigkeiten 137

III. Teil.

Die Anwendung der allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze auf die sichernden Maßnahmen des Reichsstrafgesetzbuchs.

Allgemeines 151

Seite

1) Das Verhältnis von Reichsrecht und Landesrecht bezüglich der polizeilichen Maßnahmen des R.St.G.B. 153
2) Die Grundsätze der Strafanwendung im allgemeinen; insbesondere die Grundsätze der richterlichen Strafzumessung 161
3) Die Grundsätze der Strafanwendung bei Verbrechenskonkurrenz
a) bei Idealkonkurrenz 167
b) bei Realkonkurrenz 176
4) Die Verjährung.
a) Die Verfolgungsverjährung 178
b) Die Vollstreckungsverjährung 182
5) Die Begnadigung 190
6) Der Tod des Verbrechers als Strafaufhebungsgrund . . 199
7) Anhang: Grundsätze der Vollstreckung 201

Schlußbetrachtung 207

Literatur.

v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts, Band I. 1882.

Beling, Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl. 1905

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, Band I, 2. Aufl. 1890; Band II, 1. Aufl. 1877.

— Handbuch des Strafrechts, I. Band 1885.

— Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 7. Aufl. 1907.

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, Band I 2. Aufl. 1902, Band II (Abt. 1) 1904, Band II (Abt. 2) 1905.

Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1904: das Strafrecht (von Birkmeyer) S. 1095 ff.

— Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? München 1906.

— Strafe und sichernde Maßnahmen; Münchner Rektoratsrede 1906.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band I 1904.

Frank, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 5./7. Aufl. 1907.

Friedländer, Das objektive Verfahren; Inaug.-Dissertation Leipzig 1895.

Fuhr, Die Polizei-Aufsicht nach dem Reichsstrafgesetzbuche; Inaug.-Dissertation Gießen 1887.

— Strafrechtspflege und Sozialpolitik. Berlin 1892.

Glücksmann, Rechtliche Charakterisierung der strafprozessualen Entscheidung über Einziehung und Unbrauchbarmachung in ihrer Bedeutung für die Rechtskraft einer solchen Entscheidung. Breslau 1898.

Goldschmidt, Strafen und verwandte Maßregeln; Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Band IV, Berlin 1908, S. 81—470.

Grobleben, Die juristische Natur der korrektionellen Nachhaft; Gerichtssaal Band 70, 1907. S. 201—286.

Hälschner Gem. deutsches Strafrecht, Band I und II, 1881/87.

Hafter, Strafe und sichernde Maßnahmen im Vorentwurf zu einem schweizer. St.G.B.; Schweiz. Zeitschr. für Strafrecht Bd. 17, 1904. S. 211—232.

Herschel, Die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidungen über Einziehung und Unbrauchbarmachung. Breslau 1899.
v. Hippel, Die korrektionelle Nachhaft. Freiburg i. B. 1889.
— Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu. Berlin 1895. (zit. unter „Bettel").
— Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu; Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besond. Teil, Band II S. 107—240.
Kahl, Das neue Strafgesetzbuch (Vortrag). Dresden 1907.
Kohler, Das Wesen der Strafe, 1888.
— Deutsches Patentrecht, 1878.
Köbner, Die Maßregel der Einziehung. Inaug.-Diss. Berlin 1891/1892.
Kräpelin, Das Verbrechen als soziale Krankheit; Aschaffenburgs Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. III, 1906/7, S. 257 ff.
Liepman, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900.
Lipps, Der Begriff der Strafe; Aschaffenburgs Monatsschr. Bd. III S. 279—309.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16./17. Aufl. 1908.
— Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (1875—1904), 2 Bände, Berlin 1905.
Loeb, Das Begnadigungsrecht, Inaug.-Diss., Worms 1881.
Merkel Adolf, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889.
— Kriminalistische Abhandlungen I. 1867.
— Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, 1892.
Meves, Die Strafgesetz-Novelle. 1876.
Meyer H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts; 6. Aufl. v. Phil. Allfeld. 1907.
Nissen, Die Einziehung; Festgabe für Planck, Straßburg 1887. S. 83 ff.
Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe; Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft Band 17, S. 493 ff.
— Strafe und Lohn; Gerichtssaal Band 70, S. 321 ff.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 2 Bände. 7. Aufl. 1905/06.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl., herausg. von H. Delius, 1901.
Reuß, Die Haftung Dritter nach bayrischen, preußischen und Reichsstrafgesetzen. Würzburger Dissert. 1900.
Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Kommentar. 4. Aufl. v. Stenglein. 1892.
Schmidt Richard, Die Aufgaben der Strafrechtspflege. 1895.
Schötensack, Der Konfiskationsprozeß, Leipzig 1905.
Seuffert H., Ueber einige Grundfragen des Strafrechts. 1886.
— Was will, was wirkt, was soll die staatliche Strafe? Rektoratsrede 1897.
— In v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Band I S. 313, Band II S. 252.
Stooß, Zur Natur der Vermögensstrafen. Inaug.-Diss. Bern 1878.
— Strafe und sichernde Maßnahmen; Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht Band 18, 1905, S. 1—11.
Thomsen, Das deutsche Strafrecht. Berlin 1906/07.

Ullmann. Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.
Vorberg, Die Einziehung der Produkte und Werkzeuge eines Delikts, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht. Inaug.-Diss. Rostock 1895.
Wüst, Die sichernden Maßnahmen im Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Inaug.-Diss. Zürich 1904/05.

Weitere Literatur-Angaben finden sich in den Anmerkungen zum Texte.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507206_0119

Einleitung.

Auf keinem Gebiete der Rechtswissenschaft herrscht heute so heftiger Streit und keines beansprucht wohl in höherem Maße Interesse, nicht nur in Juristen-Kreisen, wie das durch die Schlagworte „Strafe oder sichernde Maßnahmen" angedeutete. Schon ein flüchtiger Blick auf die strafrechtliche Literatur unserer Tage lehrt dies. Dem tieferen Eindringen in die hier liegenden Probleme stellen sich jedoch starke Hindernisse in den Weg. Denn die Fülle der Literatur hat gerade über die wichtigsten Grundfragen der Strafrechtswissenschaft nur wenig Klarheit gebracht. Es mag dies darin begründet sein, daß unsere Zeit mehr wie jede eine Zeit der Gährung des Uebergangs auf allen kulturellen Gebieten, eine Zeit der Umwertung aller Werte ist; daß andrerseits kaum eine andere Materie unseres Rechtslebens so tief in unserer gesamten Weltanschauung wurzelt, wie gerade das Strafrecht. Eine Umwälzung der ersteren kann daher dieses nicht unberührt lassen.

Schon der Begriff der Strafe gehört zu den umstrittensten der Literatur. Ihm gegenüber steht vor allem jener der sichernden Maßnahmen.

Von der Untersuchung dieser zwei Begriffe hat die vorliegende Abhandlung auszugehen. Erst wenn wir versucht haben, zu finden, was ihre Kriterien sind, können wir weiter fragen, welche von den Einrichtungen des Reichsstrafgesetzbuchs Strafen, welche polizeiliche Maßnahmen sind, um dann endlich nachzuforschen, wie die allgemeinen Grundsätze des R.St.G.B. sich zu diesen sichernden Maßnahmen verhalten.

I. Teil.

Strafe und sichernde Massnahmen.

Wenn wir uns nun, um einen Standpunkt für eine Erörterung geltenden Rechtes zu gewinnen, die Frage stellen, was ist die Strafe, was versteht man unter dem Begriff „Strafe," so müssen wir uns vor allem vor einem hüten, nämlich davor, ein Idealbild zu zeichnen, statt die Wirklichkeit wiederzugeben; mit anderen Worten: unsere Fragestellung darf nicht lauten: Was allein kann der aufgeklärte, fortgeschrittene Kulturmensch des 20. Jahrhunderts unter dem Begriffe der Strafe meinen, was allein ist würdig, mit unseren sittlichen Forderungen gemessen, den Namen „Strafe" zu führen?[1]) So kommen wir zu unserem ersten Problem, und zwar ist es das, von welchem Standpunkt aus wir die obige Frage beantworten sollen. Denn sowohl der Ethiker und Idealist, wie andrerseits der Materialist, jeder wird eine andre Definition des Begriffs „Strafe" geben und — jeder hat recht. Denn, wie schon angedeutet, handelt es sich letzten Endes um nichts Ge-

[1]) Dies ist z. B. der Standpunkt von Theodor Lipps, der in seinem Aufsatze „der Begriff der Strafe" (Aschaffenburgs Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 3. Jahrg. S. 279—309) zum Resultate kommt, daß weder die sogen. Schutzstrafe noch die Vergeltungsstrafe eigentliche „Strafe" sei. Nach ihm wären insbes. die meisten Strafen unseres R.St.G.B. keine wahren Strafen, so z. B. die Todesstrafe, die meisten Freiheitsentziehungen. Lipps Ausführungen über die „Schutzstrafe" kann nur voll zugestimmt werden. Was aber die „Vergeltungsstrafe" betrifft, so wäre hinzuzufügen, daß dieselbe doch nicht bloß das andre Extrem der „Schutzstrafe" bildet, sondern, wie zu zeigen sein wird, seit urvordenklichen Zeiten bis auf heute eben die Strafe war und ist.

ringeres als um Weltanschauungsfragen und jede Weltanschauung muß notwendiger Weise etwas anderes unter dem Wesen der Strafe verstehen. Eines wird uns aber den richtigen Weg zeigen: Alle diese müssen zugeben, daß ihre Definition nur für den richtig ist, der auch auf ihrem Boden steht, und da keine der Weltanschauungen alle kultivierten Menschen beherrscht — wie dies ja denkbar wäre — so sollte jeder, der auf solch' subjektiver Glaubensgrundlage die Strafe definieren will, einsehen, das seine Definition nichts weiter als eine Utopie ist.

Wir dagegen müssen davon ausgehen, daß die Strafe, mag sie auch in mancher ihrer Funktionen und Ausgestaltungen den Forderungen dieser oder jener Weltanschauung entgegenkommen, doch eine selbständige soziale Erscheinung ist, die man ohne petitio principii verstehen kann und muß.

Das Recht ist ein lebender Organismus. Wir wissen nicht, wie er sich entwickeln wird, nach welcher der heute prophezeihten Richtungen. Alle jene, die vom Standpunkt einer bestimmten Weltanschauung unsere Frage lösen wollen, überschreiten diese Grenze, sie setzen voraus, daß die Menschheit und somit auch das Recht ihre Weltanschauung zur Basis habe. Damit sind wir nun soweit gekommen, unseren Ausgangspunkt zu fixieren: es ist der Geist des geltenden Rechts; nur was nach diesem die Strafe ist, soll erörtert werden. Was hier unter dem Geiste des geltenden Rechts verstanden wird, ist durchaus kein unfaßbares Abstraktum. Wir müssen uns allerdings davor hüten, diesen Geist nur in der einzelnen Erscheinung zu suchen, uns also etwa den Standpunkt dieses oder jenes Gesetzgebers einfach zu eigen zu machen. Aber obwohl wir auf diesen Weg verzichten müssen, mangelt es uns doch nicht an sicheren Wahrzeichen. Denn, wie gesagt, das Recht lebt, lebt in der Gesamtheit seiner Aeußerungen und Erscheinungen, lebt in dem allgemeinen Empfinden eines Volkes. Ein solch lebender Geist läßt sich nun zwar nicht abstrakt definieren, wohl aber läßt er sich durch unmittelbares Miterleben fassen, läßt sich aus der Fülle seiner Erscheinungen heraus deutlich erkennen. Wir brauchen daher nicht zu fürchten, den Boden unter den Füßen zu verlieren, wenn wir nach dem Begriffe der Strafe fragen, wie er sich gemäß den Forderungen des Geistes, der heute unser Recht beherrscht, zeigt.

Rein äußerlich betrachtet ist nach dem geltenden Sprachgebrauch die Strafe ein Uebel, welches einem Menschen von anderen Menschen zugefügt wird wegen der Verletzung einer von ihm zu erfüllenden Pflicht. Als Gestraften wie als Strafenden müssen wir uns Menschen, mit den diesem Begriff angehörenden normalen Kriterien denken, und zwar als Strafenden entweder einen einzelnen Menschen, oder eine Gruppe solcher. Wir scheiden damit verschiedene sonst noch im Sprachgebrauch vorkommende Anwendungsarten des Wortes Strafe von vornherein aus. So spricht man z. B. von Bestrafungen durch übersinnliche Mächte: „Gott straft ein Volk.“ In diesem Falle handelt es sich wohl um Uebertragungen von nur für menschlich organisierte Wesen geltenden Begriffen auf Nichtmenschliches. Wir haben es, wenn wir von einer göttlichen Strafe reden — psychologisch betrachtet, mit einem Anthropomorphismus zu tun, bezw. — metaphysisch gedacht: wir können uns Gott nicht anders als mit der Vollkommenheit menschlicher Eigenschaften ausgestattet denken. — Ein weiteres symptomatisches Beispiel für solche Uebertragungen sind die in früheren Jahrhunderten vorgekommenen Tierstrafen.[1]) Soweit bei solchen nicht andere Vorstellungen eine Rolle spielten, insbesondere religiöse, soweit also die Zeitgenossen dabei wirklich an „Strafen“ dachten, müssen wir uns die Sache ebenfalls damit erklären, daß sie in naiver Auffassung bewußt oder unbewußt menschliche Maßstäbe an Nichtmenschliches legten; ja sogar gegen leblose Gegenstände wurde in primitiven Zeiten mitunter auf dem gleichen Wege wie gegen delinquierende Menschen durch den Richter vorgegangen. Letzteres ist vom Standpunkt des naiven Bewußtseins durchaus verständlich; „straft“ doch auch das Kind den Tisch, an dem es sich gestoßen, durch Schläge. — Wir aber erkennen den in solchen Fällen liegenden Anthropomorphismus und sehen damit zugleich ein, daß nur das von Menschen ausgehende, Menschen treffende Uebel Strafe sein kann; unbewußt liegt ja diese Auffassung auch den genannten Fällen zu Grunde. Warum es jedoch widersinnig ist, auf Anderes wie auf Menschen den Begriff der Strafe anzuwenden, dies kann erst die spätere Erörterung zeigen.

[1]) cf. v. Amira, Tierstrafen und Tierprozesse 1891.

Eine Einschränkung muß sich unser Thema sofort gefallen lassen: wir haben nämlich nicht von jeder von Menschen gegen Menschen verhängten Strafe zu reden, sondern nur von jener, welche der höchste und eigenartigste unter den menschlichen Verbänden, der Staat, gegen seine Mitglieder übt: von der staatlichen Strafe. Somit hätten wir nun folgende Definition: Staatliche Strafe ist das Uebel, welches der Staat gegen ein menschliches Individuum verhängt, weil dieses einer Forderung des Staatswillens, einer ihm vom Staate auferlegten Pflicht zuwiderhandelte. Natürlich dürfen wir trotzdem, wollen wir die staatliche Strafe begreifen, nicht vergessen, daß die Strafe als Reaktion eines Menschen oder einer menschlichen Gruppe auf eine Verletzung ihres Willens eben nichts dem Staate allein Eigentümliches ist, sondern eine allgemeine soziale menschliche Erscheinung bildet.

Hier ist vorwegzunehmen, daß wir im Folgenden mit dem Ausdruck Strafe nur die sogen. Kriminalstrafe bezeichnen wollen. Ihr Wesen wird erst das Folgende bestimmen und damit auch die Unterschiede von verschiedenen anderen staatlichen Zwangsmaßregeln unseres Rechts, die ebenfalls Strafe heißen, wie vor allem die Disziplinarstrafe, die Ordnungsstrafe, die Prozeßstrafe. Im Einzelnen ist auf ihre Unterschiede von der peinlichen Strafe in einer Untersuchung, welche die sichernden Maßnahmen von der Strafe abgrenzen will, jedoch nicht einzugehen. Denn nur die Kriminalstrafe rechtfertigt eine prinzipielle Gegenüberstellung zu den sichernden Maßnahmen. Sie allein ist es, welche im St.G.B. eine Rolle spielt.

Wir werden gut daran tun, bevor wir auf das innere Wesen der staatlichen Kriminalstrafe eingehen, gleich hier ein gerade für unsere Abhandlung äußerst wichtiges formelles Kriterium derselben zu fixieren: es ist dies die Verhängung durch die Organe der Strafrechtspflege in dem gesetzlich vorgeschriebenen Strafverfahren. Es handelt sich da nicht um eine im Wesen des Strafbegriffs an sich begründete Forderung, vielmehr um eine Maxime der heutigen rechtsstaatlichen Anschauungen. Aber, wie gesagt, wir haben nicht in abstracto nach einer Definition zu suchen, sondern uns auf den Boden der durch unser heutiges Recht gegebenen Grundlagen zu stellen. Und nach diesen ist nur

das vom Strafrichter im Strafverfahren verhängte Uebel „Strafe“.[1]) Also fallen von selbst eintretende Folgen eines Delikts weg.

Wir haben es mit der Strafe als mit etwas historisch Gewordenem, nunmehr aber in unserem Rechtsleben tatsächlich Gegebenem zu tun. Die Grundlage der Strafe des heutigen Rechtes bildet zweifellos die Vergeltung. Dieser im Mittelpunkt des Strafproblems stehende Begriff ist Gegenstand des heftigsten Streites. So verschieden jedoch die theoretischen Ansichten über die Vergeltung und die derselben im Strafrechte einzuräumende Bedeutung sind, so klar steht andrerseits dieser Begriff im Volksbewußtsein fest; dies zu ignorieren, ist vielleicht der größte Fehler derjenigen, welche die Strafe auf völlig neuem Boden fundieren wollen. Es ist hier nicht der Ort, zu untersuchen, was wohl der letzte Grund des Vergeltungsbedürfnisses ist; mag man es auf metaphysische oder auf welche Ursachen nur immer zurückführen, uns genügt es, sein Dasein festzustellen und seine Erscheinung zu analysieren. In der Tat ist es eine der unbestreitbarsten Erfahrungstatsachen, daß sich in jedem nicht abnorm veranlagten Menschen mit ursprünglicher Kraft das Bedürfnis regt nach gerechter Reaktion auf gute wie böse Taten, das Bedürfnis, dem malum actionis das malum passionis folgen zu lassen.[2]) Und wie im Einzelnen, so finden wir das gleiche Bedürfnis im Volksbewußtsein[3]) als solchen, nur daß es dann typischere, von den Zufälligkeiten des Individuellen befreite Formen annimmt.

[1]) cf. über die betreffenden dem Strafprozesse und Staatsrechte angehörigen Grundsätze Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts §§ 1 u. 2; Laband, Staatsrecht II, S. 320 ff.

[2]) cf. zur Analyse dieses Vergeltungstriebes R. Schmidt, die Aufgaben der Strafrechtspflege S. 61 ff.

[3]) Ueber das Volksbewußtsein in dem hier gemeinten Sinne sehr gut Oetker in der Abhandlung „Rechtsgüterschutz u. Strafe“ i. d. Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. XVII S. 538 unter Hinweis auf das Wort Goethes: „Wir brauchen in unserer Sprache ein Wort, das wie Kindheit sich zu Kind verhält, so das Verhältnis Volkheit zum Volk ausdrückt. Der Erzieher muß die Kindheit hören, nicht das Kind. Der Gesetzgeber u. Regent die Volkheit, nicht das Volk. Jene spricht immer dasselbe und ist vernünftig, beständig, rein und wahr. Dieses weiß niemals vor lauter Wollen, was es will. Und in diesem Sinn soll und kann das Gesetz der allgemein ausgesprochene Wille der Volkheit sein, ein Wille, den die Menge niemals ausspricht, den aber der Verständige vernimmt, den der Vernünftige zu befriedigen weiß und der gute Mann befriedigt.“ (Maximen und Reflexionen).

Das Vergeltungsbedürfnis ist eine unmittelbare Konsequenz des Gefühls der Verantwortung, ja, es liegt in ihm mit enthalten. Weil der Einzelne sich der Rechtsordnung gegenüber verantwortlich fühlt, wenn er ihr zuwidergehandelt hat, erwartet er ihre Reaktion, die Vergeltung. Und weil Jeder bei seinen Handlungen dieses Gefühl der Verantwortung hat, darum das allgemeine Bedürfnis nach Vergeltung. Dieses Gefühl der Verantwortlichkeit ist ebenfalls etwas schlechthin Gegebenes; es lebt in jedem normalen Menschen und spottet aller Versuche, die es als eine Selbsttäuschung hinstellen möchten. Auch der überzeugteste Determinist, der sich stets einredet, daß seine Handlungen letzten Endes nicht in ihm ihre Ursache haben, daß er also nicht verantwortlich sei, er begehe eine entscheidende Tat — im Guten oder Bösen — und mit Macht wird das Gefühl der Verantwortung, der Zugehörigkeit dieser Tat zu ihm, zum Durchbruch kommen. Solche elementare Tatsachen kann der Gesetzgeber nicht ignorieren und er hat es nie — auf die Dauer — vermocht. So ist denn die staatliche Strafe nichts Anderes als die in Uebereinstimmung mit den allenthalben im Volke lebenden Bedürfnissen vom Staate geübte Vergeltung [1] [2] Im Begriffe der Vergeltung liegt notwendig die Beziehung auf eine vergangene schuldhafte Tat und zwar steht diese zu dem Vergeltungsübel in kausalem Verhältnisse. Darin

[1] Nach dem Gesagten läßt sich auch nicht mit dem so beliebten Argumente gegen die Vergeltungsstrafe ankämpfen, welches sagt, dieselbe sei nur ein Ausfluß des Rachetriebes und daher zu verwerfen. Selbst wenn dem so wäre, müßte der Gesetzgeber mit diesem im Volke herrschenden „veredelten Rachetriebe“ eben rechnen. Die — zweifellos bestehende — Verwandtschaft zwischen Rache und Vergeltung bedarf jedoch erst näherer Untersuchung; es dürfte kaum richtig sein, die Vergeltung und somit die Strafe als direkt aus dem Rachetrieb stammend hinzustellen. Vielmehr ließe sich fragen, ob nicht in der Racheübung selbst neben der bloßen Befriedigung eines animalischen Triebes und unabhängig von demselben ein ethisch wie rechtlich höheres Moment steckt — eben die „Vergeltung.“ cf. R. Schmidt a. a. O. S. 67 ff.

[2] H. Seuffert, über einige Grundfragen des Strafrechts, 1886, S. 19 sagt: „die Rechtswissenschaft muß die Idee der Vergeltung hochhalten, solange sie dieselbe als ein Volkselement vorfindet.“ cf. auch Oetker im Gerichtsaal, Bd. LXX, Strafe und Lohn, S. 333/4, auch S. 327 ff.; ders. Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. XVII, S. 500 ff.

liegt aber weiter ein Maßprinzip enthalten;[1]) d. h. die Repression, die in der Vergeltung steckt, richtet sich in der Stärke nach dem zu Reprimierenden, d. i. in unserem Falle nach dem Ver-

[1]) Dieses Maßprinzip hat manche Anfechtung erfahren. Verschiedene Schriftsteller finden, daß der Vergeltungsgedanke keinen Maßstab für die Strafe enthalte, ein solcher vielmehr erst durch außerhalb liegende Zweckvorstellungen gewonnen werden könne. So v. Liszt, Lehrb. S. 272, Aufsätze I, S. 151 ff.; Kohlrausch, über deskriptive u. normative Elemente im Vergeltungsbegriffe des Strafrechts, 1904, S. 8 ff., 14 ff.; Fuhr, Strafrecht u. Sozialpolitik, S. 244: „Phraseologisch, weil an u. für sich inhaltslos u. je nach der den Gesetzgeber beherrschenden Anschauung verschieden, ist der Begriff der Gerechtigkeit.“ Gerade wenn der einer Strafe zu Grunde liegende Begriff der Gerechtigkeit den den Gesetzgeber beherrschenden Anschauungen entspricht, haben wir es meiner Ansicht nach mit einem höchst realen Faktor und durchaus nichts Phraseologischem zu tun. — Auch Oetker, Rechtsgüterschutz u. Strafe, S. 535 sagt: „Delikte und Strafen sind an sich ebensowenig vergleichbar, wie etwa Delikte u. Verjährungsfristen. Ein Vergleichungsmaßstab kann nur durch Zweckvorstellungen gewonnen werden. Die geeignetste Strafe ist diejenige, die dem Sicherungszwecke am besten entspricht.“ Ebenda, S. 549 Anm. 136: „die Beziehung zwischen den Deliktskategorien und den Strafarten . . . bleibt bei Eliminierung des verbindenden Zweckgedankens unverständlich . . .“ Wesentlich modifiziert klingen desselben Verfassers Bemerkungen im Aufsatze „Strafe und Lohn“ S. 336/7. Diesen Aeußerungen gegenüber möchte ich bemerken:

Von irgend einer abstrakt gefaßten, ethischen oder metaphysischen Vergeltung ist hier nicht die Rede. Ein solches abstraktes Vergeltungsverlangen fordert allerdings auch lediglich abstrakt das Vorhandensein einer Proportion zwischen Verbrechen und Strafe, ohne irgend ein faßbares Maßprinzip zu enthalten, ohne anzugeben, welches malum passionis dem malum actionis zu folgen habe. Anders dagegen, wenn wir die Vergeltung, wie dies hier geschieht, in jener höchst realen Bedeutung nehmen, die wir als Rechtsgüterschutz durch Generalprävention kennen lernen werden. Es ist dies jene Vergeltung, welche der Staat übt, um durch ihre Wirkungen auf das Volk die Rechtsgüter zu schützen. Daß diese Wirkungen eintreten, ist wieder nur dadurch möglich, daß eben die Vergeltung dem Volksbewußtsein entspricht. So gefaßt enthält die Vergeltung ein Maßprinzip. Man mag dies ausdrücken, indem man sagt, nur mit Rücksicht auf den Zweck der Generalprävention, also des Schutzes, lasse sich ein wirkliches Verhältnis zwischen Verbrechen und Strafe herstellen; ich halte jenen Zweck, wie noch zu zeigen sein wird für ein essentiale der rechtlichen Vergeltung und finde somit das Maßprinzip in dieser selbst. Wogegen ich jedoch entschieden Stellung nehme, das ist die Ansicht, daß nur die Zwecke der Spezialprävention im Stande seien, einen Maßstab für die Bestimmung des Strafübels zu liefern, d. h. die Zwecke der Besserung, Abschreckung oder Unschädlichmachung des einzelnen Verbrechenstäters. Wir werden auf diesen Punkt noch zurückzukommen haben.

brechen. Es ist dies das Prinzip der gerechten Vergeltung. Die Gerechtigkeit ist eine in der Vergeltung mitenthaltene Forderung, eine ungerechte Vergeltung wäre eine contradictio in adiecto. Diese Gerechtigkeitsforderung ist somit etwas ebenso Gegebenes wie das Verlangen nach Vergeltung überhaupt und von diesem nicht zu trennen. Gerade gegen dieses Gleichmaß werden auch insofern die heftigsten Angriffe gerichtet, als Manche behaupten, der Mensch mit seinen Unvollkommenheiten sei unfähig, den wahren Wert einer Tat zu erkennen, sein Urteil sei ein notwendig ungenaues; das richtige Gleichmaß zwischen dem malum actionis und dem malum passionis herzustellen sei nur ein mit vollkommener Erkenntnis ausgestattetes Wesen im Stande, niemals aber ein Mensch.[1]) Diese Einwendung verkennt die Sachlage: es handelt sich nicht darum, eine himmlische Gerechtigkeit zu üben, sondern ohne metaphysische Spekulation ein höchst reales Bedürfnis zu befriedigen. Und die Maßstäbe, die vom Standpunkte dieses menschlichen Gerechtigkeitsbedürfnisses aus angelegt werden, sind, wie *R. Schmidt* treffend ausgeführt hat,[2]) keine irgendwie absoluten, sondern sie beruhen auf Vergleichung des Wertes bezw. Unwertes der verschiedenen Delikte untereinander, und dem korrespondierenden Vergleich der Strafmittel untereinander. Von diesem Standpunkt aus, dessen detaillierte Ausführung den Rahmen dieser Abhandlung überschreiten würde, läßt sich nun sehr wohl ein Maßstab gewinnen für die vergleichende Abmessung des malum passionis mit dem malum actionis, wie denn in der Tat das Bewußtsein eines solchen Maßstabes im Volke mit großer Bestimmtheit lebt.

Wenn so die Vergeltung als Wesen unserer Strafe bezeichnet wird, kann man auf den Einwand stoßen, die Vergeltung sei ein Zweck, welcher mit einer Maßregel verfolgt werden könne,

---

[1]) So v. Liszt, Aufsätze II S. 447. Lammasch, Gerichtssaal, Bd. XLIV S. 187 nennt das Streben nach vollkommener Anpassung der Strafgröße an die Verbrechensintensität des konkreten Falles ein völlig utopisches. Aehnlich Kräpelin in Aschaffenburgs Monatsschrift, 3. Jahrg. S. 267/8. — Diese Anschauung steht in naher Beziehung zu der in der vorigen Anm. bekämpften; auch ihr Fehler besteht in dem Uebersehen der realen Grundlage des rechtlichen Vergeltungsgedankens.

[2]) R. Schmidt, Die Aufgaben d. Strafrechtspflege S. 115—119.

die gegebene Definition beruhe auf einer Verwechslung von Wesen und Zweck, und warum die Strafe Vergeltung bezwecken solle, sei doch nicht so selbstverständlich. Eine solche Verwechslung liegt jedoch nicht vor, obwohl wir, ohne einen logischen Fehler zu begehen, allerdings auch sagen können: die Strafe bezweckt Vergeltung. Dieser Unterschied der Anschauung beruht auf der Verschiedenheit formeller und materieller Definition des Strafbegriffs. Definieren wir diesen Begriff rein äußerlich, d. h. nach seiner konkreten Erscheinung, also als Uebelszufügung, so müssen wir freilich fragen: was bezweckt diese Uebelszufügung? Denn es liegt klar auf der Hand, daß diese Uebelszufügung hier nicht als etwas in sich Gegebenes, sondern nur mit Rücksicht auf einen höheren Zweck aufgefaßt werden kann, daß mithin die Zweckbestimmung mit zum Wesen der konkreten Uebelszufügung gehört. Denn das Wort „Uebelszufügung" bedeutet eben nur einen vagen, jeder Präzision ermangelnden Begriff. Wollen wir daher die Strafe als Uebelszufügung bezeichnen, so haben wir damit nicht mehr gewonnen, als die Subsumption der äußeren konkreten Erscheinung der „Strafe" unter einen lediglich auf die äußere Erscheinung bezüglichen Gattungsbegriff.[1]) Dann müssen wir natürlich, um unserem Problem näher zu rücken, fragen: ja was will, was bezweckt diese, sich als Uebelszufügung charakterisierende konkrete Erscheinung? Dies ist ein vielleicht logisch notwendiger Umweg, um zum allgemeinen, inneren Wesen der Strafe vorzudringen. Dieses wahre Wesen nun ist die Vergeltung, und zwar die Vergeltung durch das äußere Mittel der Uebelszufügung. Der Begriff Strafe ist ganz andrer Natur als der Begriff Uebelszufügung; er ist ein in sich geschlossener, der sich als ganzer nicht einfach durch Subsumption unter einen höheren analysieren läßt. Die Erscheinung ist Uebelszufügung, das Wesen Vergeltung.

Wenn sich so auch die vom Staate geübte Vergeltung tatsächlich mit den allenthalben lebenden Bedürfnissen der Volkheit deckt, so erhebt sich doch die weitere Frage, wie kommt

[1]) Von hier aus ist jene Bewegung zu verstehen, auf die wir noch zurückkommen müssen, und welche die Strafe in dem rein formellen Sinne einer Uebelszufügung für ein Delikt auffaßt. Ihr ist dann auch die Internierung eines vermindert Zurechnungsfähigen „Strafe."

gerade der Staat dazu, solche Vergeltung zu üben, unter welchen Gesichtspunkten tut er dies? Hier ist die Stelle, wo Recht und Ethik sich scheiden. Die Ethik wird stets Vergeltung des moralisch Bösen fordern müssen. Der Staat aber vergilt, wie ein Blick auf unsere Gesetzgebung zeigt, nur eine Reihe ethisch verwerflicher Handlungen, keineswegs alle; und umgekehrt droht er für manche ethisch an sich durchaus indifferente Handlung Strafe. Wir sehen also, daß der Staat, obwohl er sich bei seiner Vergeltung auf die herrschenden ethischen Anschauungen stützt, doch keineswegs straft, nur um diese zu befriedigen, also um der Vergeltung selbst willen. Welche Zwecke leiten ihn also? Um die Antwort hierauf zu erhalten, müssen wir zunächst die Strafe von einem neuen Gesichtspunkt aus betrachten, nämlich als staatliche Strafe im Dienste des Rechtsgüterschutzes. Eine kurze Skizzierung einiger wichtiger Punkte muß hier genügen, um eine Basis für das Folgende zu gewinnen.[1])

„Alles Recht ist um der Menschen willen da.“ [2]) Es ist ein notwendiges Produkt sozialer Entwicklung. Denn der Mensch ist nicht nur ein ζῶον πολιτικόν, sondern in erster Linie ein mit egoistischen Trieben und Bedürfnissen ausgestattetes Individuum; sobald der Einzelne mit Anderen in Berührung kommt, müssen notwendig die Willenssphären der Invididuen in Konflikt treten. Ständiger Mord, Raub, Diebstahl u. s. w., kurz der Krieg Aller gegen Alle wäre die Folge, wenn nicht die Gesamtheit eine Rechtsordnung aus sich erzeugen würde, welche die Interessensphären gegen einander abgrenzt. Diese Rechtsordnung ist nicht etwas ursprünglich Gegebenes, sondern aus der schlimmen Erfahrung der Menschheit Gewordenes. „Wäre nie gestohlen worden, so hätte das Recht auch nie Veranlassung gehabt, den Diebstahl zu verbieten.“ (*Oetker* a. a. O.). In diesem Satze drückt sich treffend der ganze repressive Charakter der Rechtsordnung aus. Unbedingter Friede, Verbleiben des Einzelnen in den von ihr gesteckten Schranken, ist der Idealzustand, den sie anstrebt, den sie zu verwirklichen sucht durch Normerlaß.[3])

[1]) Vergl. hiezu insbes. die schon mehrfach zitierten Aufsätze v. Oetker „Rechtsgüterschutz u. Strafe,“ sowie „Strafe u. Lohn.“

[2]) v. Liszt, Lehrbuch S. 64.

[3]) Auf den hier einsetzenden Streit um den Begriff des Rechtsguts ist in dieser Abhandlung nicht näher einzugehen. Sicher ist, daß die Rechtsordnung,

Durch den Normerlaß wird das Rechtsgut — in welchem Sinn man diesen Ausdruck auch nehmen mag, — geschützt. Das einfache Verbot bezw. Gebot, das „Du darfst nicht," bezw. „Du sollst" sind die Grundtypen.[1]) Die ihm für den sozialen Organismus schädlich dünkenden Handlungen verbietet das Recht, solche, welche die Erreichung seiner idealen Ziele fördern, gebietet es. Der in jeder Norm enthaltene Appell an das Pflichtbewußtsein der Menschen genügt jedoch nicht immer, um ein normengemäßes Verhalten herbeizuführen. Hier muß das Recht mit schärferen Mitteln einsetzen; es tut dies, indem es hinter die Norm den Zwang, den Strafzwang setzt. So sehen wir die Strafe als ein Werkzeug, dessen der Staat notwendig bedarf, um seinen Normen den nötigen Nachdruck zu verleihen und damit die von ihm anerkannten Rechtsgüter zu schützen. Bestimmt wird die verschieden abgestufte Anwendung der Strafe durch die Bedeutung, welche der Gesetzgeber dem betreffenden Rechtsgute beimißt und nach der Größe der Gefährdung desselben durch den vom Gesetzgeber ins Auge gefaßten und befürchteten Angriff. Darin liegt das Gleichmaß der Vergeltung: je wertvoller ein Rechtsgut ist,

eben weil und indem sie die Herbeiführung solcher Idealzustände anstrebt, die Interessensphären der Einzelnen vor unerwünschten Veränderungen durch die Eingriffe Dritter schützt. Oetker hat allerdings recht, wenn er (Rechtsgüterschutz u. Strafe S. 494) sagt: „Zweck desselben (scil. des Normenerlasses) ist nicht, wie oft gesagt wird, Schutz des gegenwärtigen Zustandes vor unerwünschter Veränderung, sondern umgekehrt die Aenderung des gegenwärtigen unliebsamen Zustandes" Nur glaube ich nicht, daß die Gegner seiner Rechtsgutauffassung wirklich sagen, Zweck des Normerlasses sei Schutz des gegenwärtigen Zustandes (im Sinn von Gesamtzustand); daß dieser den Anforderungen der Rechtsordnung nicht entspricht, wird wohl keiner bezweifeln. Eben weil aber die Normen diesen Gesamtzustand letzten Endes bessern wollen, müssen sie die vom Recht gebilligten Interessen, Verhältnisse, Zustände der Einzelnen gegen die mißbilligten Eingriffe Dritter schützen; denn diese Eingriffe sind ja eben das am gegenwärtigen Zustande zu Beseitigende. Somit erstrebt das Recht „Aenderung des gegenwärtigen unliebsamen Zustandes" durch Schutz der einzelnen Zustände gegen unliebsame Veränderung durch Delikte. Ob wir nun jene Idealzustände völliger Ordnung oder die zur Erreichung dieses Zieles vom Recht geschützten Lebensinteressen der Einzelnen Rechtsgüter nennen, hat für unsere Erörterung keine weitere Bedeutnng.

[1]) cf. hiezu Binding, die Normen und ihre Uebertretung, I 1872, II 1877 und Handbuch I 1885, sowie Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe.

je gefährlicher ihm der konkrete Angriff wurde, desto stärker der Ruf nach Vergeltung.[1])

Hierin liegt auch die Antwort auf die früher so viel diskutierte Frage nach dem Rechtsgrund der staatlichen Strafe mitenthalten: eben diese Notwendigkeit für die staatliche Rechtsordnung bildet ihre Berechtigung.[2])

An eine schuldhafte Uebertretung seiner Normen knüpft der Staat eine Uebelszufügung als Folge: dies ist die Erscheinung der Strafe als Rechtsgüterschutz. — Zunächst bildet die Androhung einer Strafe auf Normübertretung ein starkes Motiv zu normgemäßem Verhalten. Es ist bekannt, daß eine der großartigsten Strafrechtstheorien — die *Feuerbachs* — diese motivbildende Wirkung der Strafdrohung zum Angelpunkte ihres Systems gemacht hat. Es führt jedoch notwendig zu Einseitigkeiten, wenn man, sei es diese Strafandrohung, sei es andrerseits die Strafverhängung und den Vollzug als das wichtigere Element betrachtet. Beide sind vielmehr die notwendig zusammengehörenden zwei Seiten des als Vergeltung gefaßten Strafinstituts. Jede Seite gewinnt nur mit Rücksicht auf die andere ihre volle Bedeutung.

So kommen wir zur Frage, wie im Einzelnen die staatlich geübte Vergeltung sich im Dienste des Rechtsgüterschutzes betätigt. Die Rechtsordnung lebt in der Volkheit. Durch die Wirkungen nun, welche die Strafe, in Uebereinstimmung mit den

[1]) Die richtig verstandene Vergeltungsstrafe ist somit selbst „Schutzstrafe“ und „Zweckstrafe.“ Vergeltung als Selbstzweck kennt das Recht nicht. A. Merkel war es, der, soviel ich sehe, zuerst darauf hingewiesen hat, daß Vergeltungsidee und Zweckgedanke stets Hand in Hand gehen und durchaus keinen Gegensatz zu einander enthalten. cf. A. Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht, 1892; kriminalistische Abhandlungen, 1867; Lehrbuch S. 171 ff.; jurist. Encyklopädie §§ 24 ff.

[2]) Sehr treffend bemerkt R. Schmidt, die Aufgaben der Strafrechtspflege, S. 36 ff., daß mit dem Durchdringen der sog. „organischen Staatsbetrachtung,“ d. h. der Erkenntnis, „daß der Staat eine Form des kollektiven Lebens darstellt, die mit Naturnotwendigkeit gegeben ist,“ auch die Frage nach dem Rechtsgrund der Strafe in ein neues Stadium treten mußte. Ist der Staat eine mit Notwendigkeit gegebene Organisation der Menschen, ist eine geordnete Existenz der Menschheit in anarchischem, staatenlosem Zustande nicht denkbar, so muß auch der Staat alle Mittel, die nötig sind, um das geordnete Zusammenleben zu erhalten, anwenden. Somit bedürfen wir keiner metaphysischen Spekulation, um eine Grundlage für die Existenzberechtigung der Strafe zu gewinnen.

in der Gesamtheit selbst bestehenden Forderungen, auf diese Gesamtheit übt, wird die Rechtsordnung bewährt. Diese Bedeutung der Strafe faßt man allgemein unter dem Namen der „Generalprävention“ zusammen. Ich kann mich hier um so kürzer fassen, als das schon mehrfach erwähnte Buch von *R. Schmidt* in ausführlichster Weise analysiert hat, welche Wirkungen und welche Bedeutung die Strafe als Generalprävention hat. Sie stärkt das Rechtsbewußtsein des Volks wie das Pflichtgefühl der Einzelnen und somit die Autorität der Rechtsordnung, indem sie das Vergeltungsbedürfnis in dem oben dargelegten Sinne befriedigt und zugleich damit eine scharfe Mißbilligung der Tat ausspricht.[1]) Auf tiefer stehende Individuen mag auch die normale Strafe als bloße Abschreckung wirken.[2]) [3]) Dem Verletzten gewährt die Strafe Genugtuung und stärkt so insbesondere sein Rechtsbewußtsein. Nicht zuletzt wird sie endlich oft dem Vergeltungsbedürfnis des Verbrechers selbst entgegenkommen und ihn durch die läuternde Kraft des Schmerzes innerlich entsühnen.[4]) All' diese Wirkungen auf die Gesamtheit bedeuten eine Bewährung der Rechtsordnung, sie führen letzten Endes zu einem dem Rechte konformeren Verhalten des Volks und tragen so zur Annäherung an den Idealzustand bei.[5])

[1]) cf. die Reprobationstheorie von v. Bar; Handbuch d. Strafrechts I (1882) S. 360.

[2]) Hiemit ist die abschreckende Wirkung von Strafdrohung und Vollzug auf die Gesamtheit gemeint und nicht die Abschreckung des konkreten Delinquenten durch den Strafvollzug, die speziell ihn vor weiterer Deliktsbegehung bewahrt und so im sozialen Effekt unter den Begriff der Besserung fallen kann; eine derartige Wirkung gehört ins Gebiet der Spezialprävention.

[3]) Daneben kann stets aus besonderen Gründen der Gesetzgeber veranlaßt sein, die Abschreckungswirkung in den Vordergrund zu stellen, d. h. Strafandrohungen zu statuieren, deren legislatorischer Zweck es ist, in erster Linie durch Abschreckung die Befolgung der betreffenden Norm durchzusetzen. Die Rechtsgeschichte ist reich an solchen Fällen; auch heute sind sie nicht verschwunden und speziell das Militärstrafrecht bietet genug Beispiele hiefür Immerhin kann die reine Abschreckungsstrafe bei einer Erörterung, welche die Strafe abgrenzen will von sichernden Maßnahmen, also das den verschiedenen Strafen Gemeinsame und nicht das sie Trennende hervorzuheben hat, außer Betracht bleiben.

[4]) Kohler, das Wesen der Strafe, 1888. Kohler begründet die Strafe allzu einseitig auf die läuternde Kraft des Schmerzes.

[5]) Vgl. hiezu auch die eine treffliche Würdigung der hohen Bedeutung der Generalprävention enthaltenden Worte A. Löfflers in der Allg. österreich.

Wirken so Strafdrohung und Vollzug auf die Gesamtheit, so richtet sich der Strafvollzug unmittelbar gegen den Täter des Delikts, den konkreten Verletzer der Rechtsordnung und nur das an ihm vollstreckte Uebel wirkt als Generalprävention. Ihm soll für seinen Rechtsbruch vergolten werden. Aber die begangene Rechtsverletzung ist oft Bekundung und Ausfluß eines antisozialen Charakters, einer schlechten Gesinnung, von der noch weitere Rechtsverletzungen zu befürchten sind. Soll der Staat nicht trachten solchen vorzubeugen? Damit stellt sich neben die Generalprävention als völlig neuer scheinbarer Strafzweck die sog. Spezialprävention. Adaption des besserungsfähigen, Selektion des unverbesserlichen Verbrechers lauten hier die Schlagworte,[1]) kurz, es soll gestraft werden, damit der konkrete einzelne Delinquent kein Verbrechen mehr begehe. Es leuchtet ein, daß auch das Rechtsgüterschutz ist, und gewiß eine nicht zu vernachlässigende Art desselben. Doch verlassen wir damit im Prinzip den Boden dessen, was wir bisher als Strafe kennen gelernt haben. War es dort die geschehene Rechtsgüterverletzung, welche als solche eine Repression notwendig macht, so ist es hier die für die Rechtsordnung gefährliche Person des Täters, welche zur Sicherung gegen denselben auffordert; damit fällt aber Alles zusammen, was wir von innerer Kausalität zwischen der Rechtsgüterverletzung und der Strafe gesagt haben, die Rechtsgüterverletzung kommt nur insofern in Betracht, als sie eben eine gefährliche Gesinnung ihres Urhebers manifestiert. Sie ist nur ein zufälliger Anlaß des Einschreitens, das gerade so gut an eine andre Dokumentierung der antisozialen Gesinnung geknüpft sein könnte, die sich nicht als Rechtsgüterverletzung darstellt. Hier ist der Punkt, an dem wohl der heftigste Streit in

Gerichtszeitung 1908 S. 167/168 (i. d. Abhandl. „die strafrechtl. Behandlung Jugendlicher"). Der Verfasser weist daselbst ferner sehr richtig darauf hin, daß sich die Bedeutung der Generalprävention zwar abschätzen, aber nicht mathematisch nachweisen läßt, weil dazu eine Statistik der infolge von Bedachtnahme auf die Strafe nicht begangenen Verbrechen notwendig wäre. Hierin, in der Möglichkeit, ihre Forderungen durch die Ergebnisse der Statistik zu stützen, sind die Vertreter der Spezialprävention jenen der Generalprävention gegenüber zweifellos taktisch im Vorteil.

[1]) cf. v. Liszt, Lehrbuch § 13 III.

der modernen Rechtswissenschaft einsetzt, der um die „Vergeltungs-“ bezw. die „Sicherungsstrafe.“ Ob ein System der staatlichen Reaktion auf Delikte, welches an Stelle des Vergeltungsgedankens die Durchführung der eben skizzierten Prinzipien setzt, noch unter den Begriff von „Strafen“ fällt, wird später zu untersuchen sein. Die Strafe des geltenden Rechts, wie sie sich historisch entwickelt hat und nunmehr besteht, ist jedenfalls die Vergeltungsstrafe in dem oben erörterten Sinn. Dies zu beweisen bedarf es kaum besonderer Ausführungen; überall sehen wir das Bestreben des Gesetzgebers, einer fest aufgestellten Reihe von Verbrechenstatbeständen eine den sozialen Wertanschauungen entsprechend abgestufte Skala von Strafen gegenüberzustellen.[1]) Obwohl aber der Vergeltungsbegriff das Wesen unserer Strafe ausmacht, so schließt er doch eine Mitberücksichtigung der Spezialprävention in der Strafe nicht völlig aus. Vielmehr müssen es aus dem Gesichtspunkte des Rechtsgüterschutzes durch Spezialprävention abgeleitete Maximen sein, welche die Einzelausgestaltung der Strafe da bestimmen, wo der Vergeltungsgedanke, dem völlig Genüge getan ist, keinen Anhaltspunkt mehr bietet. Dabei bildet die Vergeltung gleichsam den Rahmen, innerhalb dessen es dem Gesetzgeber freisteht, diejenigen Einzelzwecke zu verfolgen, welche er vom Standpunkte des Rechtsgüterschutzes aus noch für erforderlich hält.[2]) Also mit der Vergeltungsstrafe

[1]) cf. Oetker, Strafe u. Lohn, S. 326/7. Man denke ferner an die Fälle der sog. Erfolgshaftung unseres St.G.B., an die mildere Bestrafung des Versuchs, selbst des vollendeten, welch' letzterer doch die gleiche Gefährlichkeit des Täters zeigt, wie das vollendete Verbrechen, an die Forderung der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs; desgl. an die früher allgemein übliche Abstufung der Diebstahlsstrafe nach dem Werte des Gestohlenen, der Strafe auf Körperverletzung je nach der Dauer der durch diese verursachten Arbeitsunfähigkeit, letzteres Umstände, die auch heute noch wenigstens der Richter beim Strafausmaß berücksichtigen wird! Dies Alles paßt ebensosehr in ein System der Generalprävention, wie es andrerseits vom Standpunkt der Spezialprävention aus unverständlich wäre.

[2]) Wenn ich dabei von einem dem Gesetzgeber durch den Vergeltungsgedanken gesteckten Rahmen spreche, so meine ich dies nicht in dem engeren Sinne, den das Strafrecht mit dem Begriff Strafrahmen verknüpft; gerade letztere Bedeutung möchte ich hier sogar direkt ausschließen. Oetker (Gerichtssaal LXX, S. 356) hat völlig recht, wenn er sagt, daß z. B. nicht etwa sowohl eine einjährige, wie eine anderthalb-jährige Gefängnisstrafe einem bestimmten Deliktsfall gegenüber gerecht sein kann. Messen wir ein Delikt an einem bestimmten Strafübel, z. B.

kann und muß der Gesetzgeber weitere Zwecke verfolgen, die an sich nicht durch das Vergeltungs-Prinzip näher bestimmt sind. Denn Rechtsgüterschutz ist eben der letzte Zweck der Strafe, die Vergeltung, die Generalprävention, nur eines der Mittel zu dessen Verwirklichung. Es wäre direkt unverständlich, würde der Gesetzgeber die Gelegenheit nicht nutzen, die sich ihm zur Spezialprävention dadurch bietet, daß er das einzelne durch die Vergeltung bestimmte Straf-Uebel in einer auch die Spezialprävention fördernden Weise ausbilden kann. — In gewissem Sinne ist man sogar berechtigt, von innerem — nicht nur zufälligem — Zusammenhang zwischen Vergeltung und Spezialprävention zu sprechen. Die Vergeltung richtet sich nämlich nach der Schwere der Tat, die wieder durch die Größe des Erfolges (-Wert des verletzten Rechtsguts) und die Schuld, die Gesinnung des Täters bestimmt wird. Während in früheren Zeiten der äußere Erfolg das Ausschlaggebende war, liegt ein Hauptfortschritt der neueren Zeit in der zunehmenden Berücksichtigung der Gesinnung; und mit Recht. Es ist dies eine Konsequenz der Verfeinerung des Verantwortlichkeitsgefühls. Nicht die zufällige Verursachung eines schlimmen Erfolges, sondern nur dessen Verschuldung trifft unser Verantwortungsbewußtsein. Der Ethik erscheint ja sogar

an der Gefängnisstrafe, so kann nur eine Größe desselben die gerechte sein. Anders z. B., wenn mehrere Arten Strafübel zur Auswahl stehen, wie Geldstrafe und Gefängnis. Da ist es ganz gut denkbar, daß sowohl eine bestimmt hohe Geldstrafe als auch eine bestimmte Freiheitsstrafe der Tat gleich genau entsprechend ist. Rücksichten der Spezialprävention können dann zur Wahl der Freiheitsstrafe durch den Richter führen.

Vor allem aber sagt das Vergeltungsbedürfnis in seiner generalpräventiven Bedeutung nicht viel über den Vollzug der einzelnen Strafe. Hier fordert es hauptsächlich, daß die verschiedenen Freiheitsstrafen sich auch nach außen durch verschiedene Vollzugsweise unterscheiden — ein Postulat, das heute in Deutschland sehr vernachlässigt ist. Dies ist aber eigentlich nur eine Forderung in negativer Richtung, die nichts darüber sagt, wie dann die einzelne Strafe konkret gestaltet werden soll. Hier vor allem, im Strafvollzug bietet sich also die Möglichkeit, Spezialprävention zu üben. Das Vergeltungsbedürfnis wird sich hiebei nur gleichsam negativ verhalten: es wird dem Gesetzgeber etc. zunächst freie Hand lassen und ihm nur da kräftig vor Augen treten, wo er etwa im Begriffe steht, es zu verletzen. Als Beispiel dafür, wie in der Tat im modernen deutschen Freiheitsstrafen-Vollzug auf Spezialprävention Bedacht genommen wird, sei auf die am 1. Oktober 1907 in Kraft getretene neue Hausordnung für die bayerischen Strafanstalten verwiesen.

der böse Wille allein relevant. Gegen ihn richtet sich die Vergeltung. Das Recht kann die böse Gesinnung, die sich nicht manifestiert hat, natürlich nicht berücksichtigen. Indem sich jedoch bei Bestrafung des Verbrechens die Vergeltung mehr und mehr nach der subjektiven Seite richtet, wird von selbst der gefährlichere und in höherem Grade antisoziale Täter höher bestraft. So wird in notwendiger Verbindung durch die Vergeltung Spezialprävention geübt. Der Gesetzgeber wird in seinen Strafbestimmungen die Gesinnung, das variabelste Element des Verbrechens, das sich nicht, wie der objektive Tatbestand, in Schemen einordnen läßt, hauptsächlich dadurch berücksichtigen, daß er dem Richter eine ausreichende Zahl von Strafgrößen für jeden Einzelfall zur Verfügung stellt. Aber auch die schwerere Bestrafung des Rückfalls, ferner gewohnheits- oder gewerbsmäßig verübter Delikte gehört hieher.

Ist das Wesen der Strafe Vergeltung, so ist es klar, daß der durch dieses Prinzip gezogene Rahmen eingehalten werden muß, daß also die Strafe nicht in Verfolgung eines an sich vielleicht sehr löblichen Zweckes einen Charakter annehmen darf, welcher dem Vergeltungsbegriffe zuwiderläuft. Oder, richtiger ausgedrückt: der Gesetzgeber wie die Wissenschaft sollten sich stets bewußt sein, daß, sobald eine Maßregel den durch die Vergeltung gezogenen Rahmen durchbricht, der Name „Strafe“ nicht mehr auf sie paßt; daraus sollte man auch die Konsequenzen ziehen.[1])

Es muß hier kurz auf jene neuere, vor allem von Wortführern der Internationalen kriminalistischen Vereinigung getragene Richtung eingegangen werden, welche die Vergeltungsstrafe völlig beseitigen und durch Maßregeln der Spezialprävention ersetzen möchte.[2]) — Die Strafe ist nicht Selbstzweck. Also läßt sich gewiß darüber streiten, ob sie, zumal in der Ausdehnung, in welcher sie das geltende Recht verwendet, das

[1]) Wenn also der Gesetzgeber etwa dazu käme, seine Strafe ausschließlich oder auch nur überwiegend statt nach der Rechtsgüterverletzung nach dem Bedürfnis der Umbildung des Täters zu richten, so würde er nicht mehr im Bereiche der Vergeltungsstrafe bleiben, die ja eine Mitberücksichtigung der Gesinnung des Täters nicht ausschließt, sondern eine qualitative, prinzipielle Aenderung anbahnen.

[2]) Vgl. z. B. Kräpelin, das Verbrechen als soziale Krankheit, Aschaffenburgs Monatschrift III, S. 269 ff.

geeignetste Mittel zum Rechtsgüterschutz bildet. Ob bei wesentlicher Einschränkung oder gar völliger Beseitigung des heutigen Strafinstituts der Gesetzgeber aber nicht den gesunden Anschauungen des Volks ins Gesicht schlagen und so sein Ziel — erhöhten Rechtsgüterschutz — erst recht verfehlen würde, ist eine Frage für sich. All' dies kann uns hier im Einzelnen nicht beschäftigen. Nur gegen eines müssen wir Stellung nehmen, und dies ist die grenzenlose Verwirrung, in welche bei diesen Diskussionen der Strafbegriff oft gezogen wird. Die Vertreter solcher Ansichten lieben es nämlich, die von ihnen geforderten und als solche klar erkannten sichernden Maßnahmen mit dem Namen „Strafe" zu belegen, und zwar sie als „Sicherungsstrafe" der herrschenden „Vergeltungsstrafe" gegenüber zu stellen. Dies geschieht wohl in dem richtigen Gefühl, daß ein Fallenlassen des Strafinstituts eben undenkbar ist[1]). Nach dem Gesagten braucht es aber kaum ausdrücklich erwähnt zu werden, daß solche Maß-

[1]) Auch daran zeigt sich die Macht des Vergeltungsgedankens, daß viele seiner prinzipiellen Gegner sich scheuen, die letzten Konsequenzen ihrer Auffassung zu ziehen. Häufig können wir sie dabei ertappen, wie sie ihre Strafdrohungen doch auch nach der Schwere der objektiven Rechtsgüterverletzung richten, also den Vergeltungsgedanken, den sie theoretisch verwerfen, praktisch wieder anerkennen. Die antisoziale Gesinnung kann genau die gleiche sein bei einem Mörder und bei einem Menschen, der nur irgendwie, durch eine vom Versuchsstadium noch weitab liegende Willensäußerung seinen verbrecherischen Willen gezeigt hat. Zwischen dem bloßen Bestehen eines solchen und seiner Offenbarung im vollendeten Verbrechen liegen alle jene zahllosen Uebergangsstufen, welche sich von einander nur durch die größere oder kleinere Entfernung vom objektiven Verbrechenserfolg unterscheiden und aus denen unser Recht die straflose Vorbereitungshandlung, den untauglichen Versuch, den unvollendeten, dann den vollendeten tauglichen Versuch herausgehoben hat, um ein Schema zu erhalten, an der Hand dessen sich die Strafe den Forderungen der Generalprävention entsprechend dem einzelnen Stadium der Rechtsgüterverletzung- bezw. Gefährdung anpassen könne. — Die Vertreter der reinen Spezialprävention müßten konsequenter Weise jede Aeußerung einer gleich starken antisozialen Gesinnung, mag sie sich im einen Falle in einem Morde, im andern durch irgend eine an sich objektiv noch ungefährliche Vorbereitungshandlung zeigen, mit den gleichen Maßregeln behandeln. Umgekehrt müßte der Mörder, der z. B. durch Reue innerlich so gewandelt ist, daß gewiß kein Rückfall mehr von ihm zu befürchten steht, straflos ausgehen. Daß wohl niemand diese Konsequenzen zur praktischen Ausführung zu empfehlen wagt, zeigt, welche Macht die Vergeltungsidee selbst über ihre Gegner hat.

regeln überhaupt keinen Anspruch auf den Namen „Strafe“ haben. Ihre Einführung an Stelle der gegenwärtig bestehenden Strafe würde, wie vor allem *Birkmeyer*[1]) klar dargelegt hat, in der Tat einer Auflösung des „Straf“rechts gleichkommen. Wir müssen nun unbedingt die Forderung erheben, daß die Anhänger jener Richtung den Mut ihrer Ueberzeugung haben und den Begriff Strafe nicht auf etwas anwenden, worauf er nicht paßt. Denn es ist durchaus nicht, wie vielfach gesagt wird, einerlei, wie man eine Maßregel nennt:[2]) der Strafbegriff ist vielmehr von Generalprävention untrennbar.

Ganz anders wie die Ersetzung der Strafe durch sichernde Maßnahmen ist die Anwendung der letzteren neben der Strafe zu beurteilen. Es ist selbstverständlich Pflicht des Gesetzgebers, die Rechtsordnung durch jedes hiezu geeignete Mittel zu schützen. Dient diesem Zwecke der geschehenen Rechtsgüterverletzung gegenüber die Strafe, so müssen überall, wo die Gefahr einer solchen für die Zukunft erkannt wird, entsprechende Vorbeugungsmaßregeln getroffen werden. Wir haben es da mit dem reinen Präventivzwang neben dem Repressivzwang als Form des Rechtsgüterschutzes zu tun. In der Tat hat auch der Staat von jeher die Pflege dieser Art von Rechtsgüterschutz als eine seiner wichtigsten Aufgaben betrachtet und erst in relativ neuerer Zeit wurde sie, im Vergleich zum Strafschutze, ungebührlich in den Hintergrund gedrängt.[3]) — Es ist von jeher

[1]) Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1907.

[2]) Vgl. hiezu Beling, die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908, S. 124 f. sowie § 10. — Entschieden abzuweisen ist auch eine so oberflächliche Auffassung des Strafproblems, wie sie sich bei Thomsen dokumentiert, wenn er (Lehrbuch S. 156) sagt: „Der Gesetzgeber bringt gegen das Verbrechen eine große Anzahl, zum Teil sehr verschiedenartiger Maßregeln zur Anwendung. . . . Welche dieser Maßregeln man nun mit dem Namen „Strafe“ belegt, . . . erscheint an sich ganz gleichgültig und ist auch theoretisch nichts als ein Streit um Worte.“ (S. 158:) „Auf einen „„Begriff,““ eine „„Definition““ der Strafe möchte ich überhaupt verzichten, und mich mit der sogen. „„Umfangsangabe des Begriffs““ begnügen (d. h. mit der einfachen Aufzählung der zu dem betreffenden Begriff gehörigen Dinge).“

[3]) Der Bedeutung der Spezialprävention wieder zu ihrem Rechte verholfen zu haben, ist das unbestreitbare Verdienst der „Neueren,“ insbesond. der Internationalen kriminalistischen Vereinigung und ihres Vorkämpfers v. Liszt.

vor allem die Aufgabe der Verwaltung, der Polizei gewesen, die Rechtsordnung vor künftigen Verletzungen durch Delikte zu schützen. Auf die Arten dieses allgemeinen Vorbeugungsschutzes einzugehen, würde hier zu weit führen. Die ganze Sozialpolitik, die Erziehung durch Schule und Kirche, dienen so mit zur Verhütung von Verbrechen. Speziell in das Gebiet der Kriminalpolitik[1]) gehören dagegen die Fälle, daß im Verwaltungswege gegen bestimmte als gefährlich erkannte Individuen mit Maßnahmen vorgegangen wird, welche den Zweck haben, sie an Delikten zu hindern. Unser besonderes Interesse erregt aber die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber gerade die Begehung eines Delikts zum Anlasse nimmt, sichernde Maßregeln zu ergreifen. Dies liegt für ihn ja sehr nahe: es ist eben vor allem die vollbrachte Rechtsverletzung, welche dem Staate in der deutlichsten Weise die Gefährlichkeit eines Individuums zeigt. Die antisoziale Gesinnung tritt durch das Delikt gleichsam an's Tageslicht.

Es springt nun in die Augen, daß, wenn einerseits die Vergeltungsstrafe Spezialprävention mitbezweckt, d. h. Verhütung künftiger Delikte von Seiten des Täters des vergangenen Rechtsbruchs, andrerseits der Staat aber gerade in Anknüpfung an das Delikt oft selbständige sichernde Maßnahmen ergreift, daß dann mitunter die Begriffsgrenze zwischen Strafe und sichernden Maßnahmen streitig werden kann. Dies umsomehr, als der äußeren Erscheinung nach häufig die sichernde Maßregel der Strafe zum mindesten höchst ähnlich, wenn nicht fast gleich sein wird. So wird die sichernde Maßnahme meistens ein dem Delinquenten zugefügtes Uebel darstellen, z. B. eine Freiheitsentziehung. Auch steht dieses Uebel in kausalem Zusammenhang mit einem Delikt, d. h. die Behörde verhängt es, eben weil der Täter im Delikt seine antisoziale Gesinnung gezeigt hat. Ist nun das Verbrechen für die Strafe etwa in höherem Grade kausal, wie für die polizeiliche Maßregel? Aeußerlich betrachtet ist es jedenfalls für beide der Anlaß. Endlich wird häufig der Täter wie die Volksmeinung ein Uebel, das der Gesetzgeber vielleicht als sichernde Maßnahme aufgefaßt haben wollte, als Strafe empfinden. Auch der umgekehrte Fall ist ja denkbar. Solange es wenigstens ver-

[1]) Ueber das Verhältnis von Kriminal- und Sozialpolitik cf. v. Liszt Aufsätze I, 313; II, 8 ff. 78 ff.

schiedene Organe sind, welche Strafe und sichernde Maßnahmen verhängen — auf der einen Seite der Richter, auf der andern die Polizei,[1]) — wird man oft daran den Unterschied erkennen.[2]) Aber ganz abgesehen davon, daß dies doch ein höchst äußerliches, vielleicht zufälliges Unterscheidungszeichen wäre, macht sich gerade neuerdings immer mehr eine Strömung geltend, welche dem Richter, der ja den Delinquenten schon kennt, der sich mit der betreffenden Sache bereits befaßt hat, die Verhängung der eine Deliktsfolge bildenden sichernden Maßnahmen anvertrauen will. Auch der mit solchen meist verbundene Eingriff in die Freiheit oder das Eigentum wird aus rechtspolitischen Gründen am besten in die Hand des Richters gelegt. Allerdings wird von Vertretern der reinen Vergeltungsstrafe die sogen. „Reinhaltung des richterlichen Amtes“ verlangt und diese Forderung gerade vom Standpunkt der Generalprävention aus verteidigt, welcher es entspricht, daß den Volksgenossen auch äußerlich der Unterschied von Strafe und Polizeimaßregel vor Augen geführt werde.[3]) Allein, mag diese Forderung de lege ferenda berechtigt sein oder nicht, sie hat jedenfalls geringe Aussicht auf Verwirklichung; im Gegenteil: sämtliche modernen Strafgesetzentwürfe weisen dem Richter immer mehr die Verhängung sichernder Maßnahmen zu. Und was uns das Wichtigste ist: schon unser R.St.G.B. tut dies, wie noch zu zeigen sein wird. Insoweit ist also der Richter mit der Ausübung polizeilicher Funktionen betraut.

Trotz dieser Schwierigkeiten muß entsprechend dem im Grunde so völlig verschiedenen Wesen von Strafe und sichernden Maßnahmen eine scharfe Abgrenzung der beiden prinzipiell möglich sein. Nur eine Richtung leugnet dies: es sind die Vertreter der sog. Sicherungsstrafe. Sie erklären den genannten Unterschied häufig für imaginär und undurchführbar.[4]) Dieser Stand-

[1]) Weil die Verhängung sichernder Maßnahmen dem Wesen nach eine polizeiliche Funktion ist, nennt man dieselben im Gegensatz zur Strafe auch polizeiliche Maßnahmen.

[2]) Daß nur das im Strafverfahren von den zuständigen Organen verhängte Uebel Kriminal-Strafe sein kann, wurde bereits gesagt.

[3]) z. B. R. Schmidt, die Aufgabe der Strafrechtspflege, S. 291 ff.

[4]) z. B. v. Liszt, Aufsätze II S. 72, 123, 127. Hafter, Strafe und sichernde Maßnahmen, Schweizer Zeitschrift für Strafrecht XVII (1904) S. 220 (bez. des schweizer Entwurfs).

punkt ist völlig konsequent, insofern man den Begriff Strafe auf Institute anwendet, die unserer Auffassung als sichernde Maßnahmen erscheinen; dann kann freilich ein prinzipieller Unterschied zwischen dieser „Strafe" und einer sichernden Maßnahme nicht bestehen.

Wir werden es vor allem mit den Maßregeln des geltenden Rechts zu tun haben, bei denen der Stellung im Rechtssystem und der äußeren Erscheinung nach die Frage, ob Strafe, ob sichernde Maßnahme, überhaupt ernstlich streitig sein kann. In all den Fällen kann es nur die Analyse des wahren Wesens — nicht nur des dem Gesetzgeber vorschwebenden — der betreffenden Einrichtung sein, welche uns über ihren Charakter Aufschluß gibt.

Wir werden prüfen müssen, ob in ihr die spezialpräventiven oder die repressiven Elemente überwiegen, d. h. ob — wenn wir die betreffende Maßregel vom Standpunkt der Strafe aus betrachten — die Uebelszufügung in den durch die Vergeltung gesteckten Rahmen fällt. Möglich, wenigstens abstrakt denkbar ist ja auch der Fall, daß eine den Forderungen gerechter Vergeltung voll entsprechende und Vergeltung bezweckende Maßregel zugleich derart starke spezialpräventive Momente enthält, daß insofern eine große Annäherung an eine sichernde Maßnahme eintritt. Jedenfalls darf uns eine solche Möglichkeit nicht zu einer prinzipiellen Verwischung der Grenze führen; wir werden eine solche Maßregel, welche vergelten will und es auch tut, unbedingt als Strafe ansprechen; die Spezialprävention fällt dann eben in deren Rahmen. Umgekehrt ist eine Maßnahme, die nicht den Anforderungen gerechter Vergeltung entspricht, oder, obwohl sie diesen eventuell entspräche, doch im konkreten Fall offenbar nicht vergelten will, niemals Strafe.[1])

[1]) Es ist also auch eine falsche Anwendung des Strafbegriffs, wenn man von einer derartigen, den Forderungen gerechter Vergeltung nicht entsprechenden — spezialpräventiven — Maßnahme sagt, sie diene der Sicherung und sei „zugleich" eine Strafe für den betr. Delinquenten. Solche und ähnliche Aeußerungen besonders bei Wüst, die sichernden Maßnahmen im Entwurf zu einem schweizer Strafgesetzbuch, 1904 und Hafter, Schweizer Zeitschr. für Strafrecht, XVII, Strafe und sichernde Maßnahmen. Vgl. ferner die ausführlichen Zitate bei Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen. — In einer solchen Präventivmaßregel kann wohl ein erhebliches Uebel für den Betroffenen liegen,

Der Begriff der polizeilichen Maßnahmen ist für unsere strafrechtliche Untersuchung also zunächst dahin zu definieren, daß darunter alle jene zur Prävention gegen weitere Rechtsverletzungen des einzelnen Individuums bestimmten, an die geschehene Rechtsgüterverletzung geknüpften Maßregeln fallen, welche nicht unter den Begriff der Strafe gebracht werden können. Aus dieser negativen Fassung ergeben sich die positiven Merkmale von selbst: da es sich nicht um Vergeltung, nicht um Repression des geschehenen Rechtsbruchs handelt, ist dieser allerdings nur der Anlaß und nicht die innere Ursache des staatlichen Eingreifens. Die Realität dieses Unterschiedes werden wir an dem in beiden Fällen verschiedenen inneren Verhältnisse von Delikt und Uebelszufügung erkennen. Während, wie gezeigt, zwischen dem malum actionis und dem malum passionis bei der Strafe eine notwendige Proportion besteht, eben die der gerechten Vergeltung, wird die Größe und Ausgestaltung des dem Delinquenten zuzufügenden Uebels bei der sichernden Maßnahme lediglich durch die so zu verfolgenden Zwecke der Spezialprävention bestimmt. Soweit also eine z. B. in Freiheitsentziehung bestehende Maßnahme Sicherung gegen die Gefährlichkeit des Delinquenten bezweckt, wird sie sich nicht nach dem begangenen Verbrechen richten, sondern nach der Person des Verbrechers; diese soll ja gebessert,

allein nur darum ist sie noch lange nicht „auch" Strafe. — Vgl. die treffenden Worte bei Lipps in Aschaffenburgs Monatsschrift III S. 285 f.: „Wir reden von „strafender Gerechtigkeit" und haben dabei das Bewußtsein, daß in dieser Wortverbindung die beiden Worte „Strafe" und „Gerechtigkeit" nicht zufällig neben einander stehen; daß es wohl eine Gerechtigkeit gibt, die nicht strafende Gerechtigkeit ist, daß es aber keine Strafe gibt, die nicht ein Akt der Gerechtigkeit wäre. Und Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, Akte der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeitsmaßregeln, das sind nun einmal für uns durchaus heterogene Begriffe. Strafe ist wenigstens der Absicht nach gerechte Strafe; oder sie ist überhaupt nicht Strafe. Dagegen hat es keinen Sinn, von „Gerechtigkeit" irgend welcher Zweckmäßigkeitsmaßregeln zu sprechen, d. h. irgend welche Maßregeln darum, weil sie zweckmäßig sind, gerecht zu nennen. Und demgemäß ist auch die Zufügung eines Uebels durch den Staat nicht ohne weiteres Strafe. Sie kann Strafe sein. Sie kann aber auch lediglich ein unangenehmes Opfer sein, das der Staat im gegebenen Fall von dem Einzelnen um der Gesellschaft, um ihres Bestandes und ihres Wohles willen verlangt und verlangen muß. Dann ist sie eine und zwar notwendige Zweckmäßigkeitsmaßregel. . . ."

abgeschreckt oder unschädlich gemacht werden.[1]) Daraus ergibt sich auch, daß sichernde Maßnahmen nicht wie die Strafe ein ethisches Werturteil über die Tat, sondern nur den Ausdruck

[1]) Hier sei bemerkt, daß, wenn auch für uns gerade die unmittelbar gegen die Person eines Delinquenten gerichteten sichernden Maßnahmen wegen ihrer Aehnlichkeit mit der Strafe besonderes Interesse beanspruchen, die unmittelbare Richtung gegen eine bestimmte menschliche Person durchaus nicht etwa ein notwendiges Begriffsmerkmal einer sichernden Maßnahme bildet. Ein typisches Beispiel bietet die Einziehung oder Unbrauchbarmachung im sog. objektiven Verfahren. — Anders ist es bei der Strafe; daß eine Maßregel, welche nicht den konkreten Verbrechenstäter, den Schuldigen, als menschliches Individuum treffen will, nicht Strafe sein kann, bedarf nach all' dem über die Strafe Ausgeführten kaum noch ausdrücklicher Betonung. Nur einzelnen Erscheinungen der Wissenschaft wie des positiven Rechts gegenüber muß dies besonders testgestellt werden. So zunächst gegenüber jener amerikanischen, vor allem von Bishop, Commentaries on the criminal law, vertretenen Theorie einer unpersönlichen Strafe, welche nicht den Verbrecher, sondern das Verbrechen treffen soll (cf. die Zitate bei Köbner, Die Maßregel der Einziehung S. 44), und zu deren Aufrechterhaltung sogar gewissermaßen ein objektives, unpersönliches, d. h. von einer Sache begangenes Verbrechen konstruiert wird. Diese Ansicht hat nur im Zusammenhang mit der Lehre von der Einziehung Bedeutung. Wir werden dort darauf zurückkommen. Es leuchtet ein, daß eine derartige Theorie, welche von Verbrechen ohne Verbrecher oder von Strafe ohne Sträfling spricht, all' unseren Begriffen von Verbrechen und Strafe zuwiderläuft. Eine ähnliche Auffassung findet sich, ebenfalls bez. der Einziehung, von John (Strafrechts-Z. XII, S. 64) vertreten. cf. dagegen auch Wahlberg in v. Holtzendorffs Handbuch II, S. 464.

Mehr zu Zweifeln Anlaß gibt eine eigentümliche Erscheinung unseres St.G.B., nämlich daß nach § 30 eine Geldstrafe selbst nach dem Tode des Verurteilten, in den Nachlaß, vollstreckt werden kann, wenn das sie verhängende Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig geworden war. Auch dabei kann es sich wegen dieses Mangels der Personalität nicht um Strafvollstreckung mehr handeln. Der Strafanspruch erlischt notwendig mit dem Tode des Delinquenten. Wir haben es hier vielmehr mit einem eigenartigen publizistischen Rechtsverhältnisse zu tun. (cf. Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 162 und Binding, Handbuch I S. 497 u. 812 f.). Die ratio der Bestimmung ist wohl fiskalisch. Der Strafanspruch, der nicht etwa schon durch seine rechtskräftige urteilsmäßige Feststellung zu einem von seiner causa (dem Strafzweck) gelösten fiskalischen Rechte wird, verwandelt sich kraft Gesetzes durch den Tod des Verurteilten in ein selbständiges öffentliches Forderungsrecht gegen den Nachlaß. Daher ist Umwandlung der gegen den Nachlaß zu vollstreckenden Geldstrafe in Freiheitsstrafe gegen die Erben selbstverständlich ausgeschlossen. Die Erben haften nur in Höhe des Nachlasses, nicht persönlich.

einer Zweckmäßigkeits-Erwägung enthalten.[1]) — Ja, die Uebelszufügung selbst ist nur ein zufälliges Moment bei der sichernden Maßnahme, während sie eine wesentliche Seite der Strafe ausmacht.[2]) Der Staat wird sogar bedauern, nicht ohne Uebel zum Ziele kommen zu können. Denn da mangels einer Repression die Begriffe von Schuld, Verantwortung der sichernden Maßregel gegenüber keine Rolle spielen, bedeutet der aus bloßen Opportunitätsgründen im Interesse der Gesellschaft geschehene Eingriff in die Rechtssphäre des Individuums diesem gegenüber zunächst eine Härte, die nur durch das höhere Interesse der Sicherheit der Gesamtheit aufgewogen und gerechtfertigt werden kann. Daraus ergeben sich für den Gesetzgeber bei der Auswahl der zu ergreifenden polizeilichen Maßregeln ganz andre Gesichtspunkte als bei der Auswahl der Strafe. Hier heißt es, das Uebel zu finden, das gerecht ist, dort dasjenige, welches unter möglichster Schonung des Einzelnen die Sicherung am besten und dauerhaftesten erreicht.

---

[1]) Dagegen Wüst, die sichernden Maßnahmen S. 156.

[2]) Es gibt Präventivzwang, welcher kein Uebel darstellt, ja nicht einmal physischer Zwang ist. Wir beschränken unsere Ausführungen deshalb auf den als Uebel empfundenen Präventivzwang, weil er allein der Strafe ähnlich ist,

II. Teil.

Die polizeilichen Massnahmen des Reichsstrafgesetzbuchs.

Allgemeines.

Nach dieser Erörterung, deren Zweck es war, die nötigen allgemeinen Grundlagen für das Folgende wenigstens zu skizzieren, wenden wir uns der Frage zu, welche der vom R.St.G.B. aufgenommenen Maßnahmen den Charakter von Strafen, welche den von sichernden oder polizeilichen Maßregeln haben. Wir werden dabei in manchen Punkten noch die eben geschlossenen Ausführungen zu ergänzen haben.

Den Anstoß zu der eben von uns aufgeworfenen Fragestellung hat vor allem der in den letzten Jahren um den Schweizer Strafgesetzbuch-Entwurf sich drehende Streit gegeben. Sichernde Maßnahmen im Rahmen von Strafgesetzbüchern sind nichts Neues. Während aber früher die Gesetzgeber solche in zweifellos unsystematischer Weise, ja oft fast unbewußt, jedenfalls aber ohne sich um die Frage viel zu kümmern, ob eine Maßregel Strafe sei oder nicht, aufgenommen haben, hat sich heute der Sachstand gründlich geändert. Die Forderungen der sog. neuen Strafrechtsschule, vertreten insbesondere in der Internationalen kriminalistischen Vereinigung, haben den Schweizer Gesetzentwurfs-Redaktor dazu geführt, zum ersten Male in ein Strafgesetzbuch neben die Vergeltungsstrafen in durchaus systematischer Weise sichernde Maßnahmen einzureihen. Lebhafte wissenschaftliche Kontroversen haben sich an dieses gesetzgeberische Experiment

geknüpft, — insbesondere über die Frage der Abgrenzung der Strafen von den sichernden Maßnahmen — deren Schauplatz hauptsächlich die Schweizer Zeitschrift für Strafrecht wurde. — Auch in Deutschland steht ja die Einführung eines neuen St.G.B. bevor, das zweifellos der Spezialprävention in erhöhtem Maße Rechnung tragen wird. So zeigt sich der an die Begriffe Strafen und sichernde Maßnahmen anknüpfende Streit vor allem als ein Kampf um die praktischen Probleme der Gesetzgebung. Zugleich hat er aber die Aufmerksamkeit auf die Stellungnahme des früheren und des bestehenden Rechts zu den sichernden Maßnahmen gelenkt und die Untersuchung veranlaßt, welche Maßregeln der bisherigen Strafgesetze ihrem Wesen nach Strafen und welche polizeiliche Maßnahmen sind.[1]) Der Gesetzgeber hat uns, wie schon angedeutet, die Lösung dieser Frage nicht immer leicht gemacht. Man kann darüber streiten, ob eine solche Systematisierung überhaupt Aufgabe des Gesetzgebers ist oder nicht vielmehr die der nachträglich analysierenden Wissenschaft. Meine Ansicht geht dahin, daß nur bei richtiger Erkenntnis des Wesens einer Maßnahme durch den Gesetzgeber dieselbe von ihm richtig angewendet werden wird.[2]) Tatsache bleibt aber nun einmal, daß, wie auf andern Gebieten, so auch im Rechtsleben die Theorie der Praxis oft erst nachfolgt, daß also, angewendet auf unseren Fall, häufig Maßnahmen zur Verbrechensbekämpfung geschaffen wurden, deren wissenschaftliche Analyse erst nachträglich der Theorie vorbehalten blieb. Doch auch diese nachträgliche theoretische Unterscheidung hat weittragende praktische Bedeutung. Denn es ist einleuchtend, daß für die konkrete Anwendung einer nur auf Sicherung vor künftigen Delikten berechneten Maßregel die für die Vergeltungsstrafe bestehenden allgemeinen Grundsätze, insbesondere die der Verjährung, Begnadigung, Strafzumessung etc. nicht ohne weiteres gelten können. Dem widerspräche die Tatsache, daß sichernde

[1]) cf. die Zusammenstellung der in den verschiedenen Strafgesetzgebungen enthaltenen, in Freiheitsentziehung bestehenden sichernden Maßnahmen bei Wüst, die sichernden Maßnahmen S. 43 ff. und dazu Stooß in der Schweizer Zeitschrift XVIII (1905) S. 167 ff., der noch besonders auf das österreichische sog. Vagabundengesetz vom 24. Mai 1885 verweist.

[2]) Vgl. hiezu die Vorbemerkungen zum III. Teil,

Maßnahmen lediglich unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit zu stehen haben. Hier genüge diese Andeutung.

Im Folgenden soll es also zunächst unsere Aufgabe sein, nachzuforschen, welche unter den Deliktsfolgen, die das R.St.G.B. regelt, als sichernde Maßnahmen zu betrachten sind. Daß eine Deliktsfolge nicht allein deshalb, weil sie im Strafgesetzbuch normiert ist, den Charakter öffentlicher Kriminalstrafe hat, ist nach dem bereits Gesagten ohne weiteres klar.

I. Freiheitsbeschränkungen als sichernde Massnahmen.

Das nach seiner Bedeutung wie nach dem Umfang seines Anwendungsgebietes wichtigste Strafmittel unseres Gesetzbuchs ist die Freiheitsstrafe in ihren verschiedenen Formen. Ebenso wie die Freiheitsentziehung aber allgemein dasjenige Uebel darstellt, welches am besten den sich aus dem Strafbegriff ergebenden Forderungen entspricht, ebenso ist sie auch im Dienste der Spezialprävention ein höchst geeignetes Mittel. Sie macht den gefährlichen Menschen für die Dauer ihrer Verhängung unschädlich. Sie kann derart eingerichtet werden, daß ihr Vollzug der sozialen Besserung des Detinierten dient. In dieser Weise kann bezw. muß sogar ihrer Natur nach jede gegen ein antisoziales Element angewandte Freiheitsentziehung wirken, also vor allem auch die zur Strafe verhängte. So ist es nur selbstverständlich, daß das Institut der Freiheitsentziehung wie den Haupt-Typus der modernen Strafe, so den der sichernden Maßnahme bildet. Mit den in Freiheitsentziehungen bestehenden polizeilichen Maßregeln unseres St.G.B. haben wir uns daher zunächst zu befassen.

1) Die Zwangserziehung Jugendlicher.

Einen typischen und unbestrittenen Fall einer polizeilichen Maßregel als Deliktsfolge bildet die Zwangserziehung nach § 55 Abs. II und § 56 Abs. II R.St.G.B.

§ 55 lautet: „Wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden.

Gegen denselben können jedoch nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften die zur Besserung und Beaufsichtigung

geeigneten Maßregeln getroffen werden. Die Unterbringung in eine Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt kann nur erfolgen, nachdem durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts die Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist."

§ 56 lautet: „Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß.

In dem Urteile ist zu bestimmen, ob der Angeschuldigte seiner Familie überwiesen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll. In der Anstalt ist er so lange zu behalten, als die der Anstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erachtet, jedoch nicht über das vollendete zwanzigste Lebensjahr."

Besonders interessant ist § 56 Abs. II, da hier die Verhängung der polizeilichen Maßregel direkt in Händen des Richters liegt.

Abs. I von §§ 55 und 56 haben eine prozessuale, formelle Fassung; hier heißt es: „Ein Angeschuldigter . . . ist freizusprechen," dort: . . . „kann . . . nicht strafrechtlich verfolgt werden." Wir fragen: was ist der materielle Grund hiervon? Die Antwort lautet in beiden Fällen: es liegt kein Verbrechen vor. Denn der Gesetzgeber nimmt bei Menschen unter 12 Jahren immer, bei solchen zwischen 12 und 18 Jahren dann, wenn das geforderte Unterscheidungsvermögen fehlt, Mangel der Zurechnungsfähigkeit[1]) an. Somit besteht dann keine Schuld, und ohne Schuld auch kein Verbrechen.[2]) Selbstverständlich kann dann von Strafe

[1]) Ob es völlig korrekt ist, als Grund der Straffreiheit in den genannten Fällen die „Unzurechnungsfähigkeit" des Jugendlichen zu bezeichnen, sei hier nicht näher erörtert; vgl. darüber v. Lilienthal, Vergl. Strafrechtsdarstellung, Allg. Teil, Bd. V S. 107 f.

[2]) Wenn wir trotzdem die Maßregeln der §§ 55/II u. 56/II als Deliktsfolgen bezeichnen, so fassen wir den Begriff Delikt damit nicht streng juristisch (als Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale eines Verbrechens), sondern nur im Sinn des Gegebenseins des objektiven Tatbestandes. Hier zeigt sich auch mit voller Deutlichkeit die innere Unabhängigkeit der Verhängung einer sichernden Maßnahme vom Vorliegen eines „Verbrechens." Gerade weil kein Verbrechen vorliegt, Strafe also nicht angewendet werden kann, tritt eine sichernde Maßnahme ein.

keine Rede sein. Es bleibt nur der objektive Tatbestand eines Delikts und eventuell die Gefährlichkeit des unzurechnungsfähigen Täters.

Da bei einem Alter unter 12 Jahren die Zurechnungsfähigkeit absolut ausgeschlossen ist, verbietet § 55 Abs. I dem Strafrichter jede Verfolgung der Sache; er kommt mit derselben gar nicht in Berührung.[1]) Anders nach § 56 Abs. I: Zwischen zwölf und achtzehn Jahren tritt bei Vorhandensein des Unterscheidungsvermögens staatliche Strafe ein, daher muß der Richter das Vorhandensein eben dieser geistigen Reife prüfen, sich also auf alle Fälle mit der betreffenden Tat befassen. Verweilen wir zunächst bei letzterem Fall! — Es einfach bei dem negativen Ausspruch, daß Strafe nicht angebracht sei, bewenden zu lassen, wäre in vielen Fällen ein Verbrechen an der Gesellschaft, welche das regste Interesse hat, daß gerade der gefährliche Jugendliche vor künftigen Delikten bewahrt werde. Diese Prävention wird ja auch gerade bei jungen Leuten noch die größte Aussicht auf Erfolg haben. Ferner verlangt unsere heutige Auffassung von den Aufgaben des Staates, daß dieser sich schon im Interesse des etwa verwahrlosten Jugendlichen selbst desselben annehme. Darum muß in dem wegen Mangels der erforderlichen Einsicht freisprechenden Urteile der Richter Bestimmung treffen, was mit der Person des Täters geschehen soll. Er muß ihn entweder seiner Familie überweisen oder die Einbringung in eine Erziehungs- oder Besserungs-Anstalt anordnen. Beide Anordnungen bezwecken, dafür zu sorgen, daß der Jugendliche durch eine ordnungsmäßige Erziehung zu einem brauchbaren Mitglied der Gesellschaft gemacht, ein etwa durch das Delikt dokumentierter antisozialer Hang gebessert werde. Die Ueberweisung an die Familie wird eintreten, wenn diese die Gewähr für die tüchtige Erziehung des schon verdorbenen Jugendlichen bietet, oder wenn — natürlich vorausgesetzt, daß die Familie zum mindesten selbst nicht schädlich auf den Jugendlichen einwirkt — die Tat nicht als Ausdruck einer schon verderbten Gesinnung gelten kann. Dies ist im übrigen für das Gericht eine Frage des konkreten Falles.

[1]) Das Vormundschaftsgericht stellt eventuell die Begehung der Handlung fest: § 55 Abs. II, Satz 2.

Die Ueberweisung an die Familie enthält nur die negative Feststellung, daß der Betreffende nicht in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt zu bringen sei.[1]) Dies muß schon darum angenommen werden, weil sich der Staat bei Ueberweisung an die Familie einer weiteren besonderen Kontrolle der Erziehung begibt; der Ueberwiesene steht in keiner anderen Beziehung zu seiner Familie, wie jedes minderjährige Kind derselben; der Gewalthaber hat ihm gegenüber keine anderen rechtlichen Pflichten, wie jedem Hauskinde gegenüber; und auch dem Vormundschaftsgerichte stehen hier keine außerordentlichen Befugnisse zu. Bei ausdrücklicher Ueberweisung an die Familie treten überhaupt nur die Wirkungen ein, die ganz von selbst nach B.G.B. §§ 1617, 1627, 1631 etc. bestehen und bestünden, auch wenn sich der Richter jedes Ausspruchs über das weitere Schicksal des Freigesprochenen enthielte. Somit können wir die Ueberweisung an die Familie nicht als sichernde Maßnahme im engeren Sinn bezeichnen. Es fehlt an einer besonderen staatlichen Maßregel als Folge des Delikts.

Anders bei Bestimmung der Einbringung des Täters in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt. Hier ordnet das Gericht wegen der gefährlichen Gesinnung des Jugendlichen eine eigene Schutzmaßregel an. Die einzelne Tat, die ja gar kein Verbrechen im technischen Sinn ist, bildet nur den Anlaß hiezu. Zweck der Maßregel ist die Besserung des Delinquenten; allein unter diesem Gesichtspunkt steht der der Verwaltungsbehörde überlassene Vollzug. So bestimmt sich auch die Dauer der Internierung konsequenter Weise nur danach, ob die Verwaltungsbehörde den erstrebten Zweck für erreicht hält. Daß die Internierung sich nicht über das vollendete 20. Lebensjahr erstrecken darf, liegt in der Natur der Sache begründet; eine längere Dauer würde den Rahmen einer Fürsorge für Jugendliche überschreiten. Jedenfalls steht diese obere Grenze der Internierung in keiner Beziehung zu der Tat, welche den Anlaß des Verfahrens bildete. Bedauerlich bleibt es ja allerdings, daß der Zwanzigjährige, auch wenn gänzlich ungebessert, entlassen werden muß, doch muß wohl jedem solchen staatlichen Besserungsversuch eine zeitliche Maximalgrenze gesteckt werden. — So haben wir also den interessanten

[1]) S. Olshausen Anm. zu § 56 Abs. II.

Fall, daß der Strafrichter gerade da, wo er wegen Mangels der Zurechnungsfähigkeit keine Strafe verhängen kann, zugleich eine sichernde Maßnahme ausspricht. Die Zuständigkeit des Strafrichters tritt nur aus Opportunitätsgründen ein, weil dieser eben so wie so mit der Sache befaßt ist. Ueber die nähere Ausführung des Richterspruchs entscheidet die zuständige Verwaltungsbehörde. Daß die polizeiliche Maßnahme mit in erster Linie im Interesse des Delinquenten selbst verhängt wird, ändert an ihrem sichernden Charakter nichts.

Gerade hier, bei der Fürsorgeerziehung, zeigt sich ferner besonders deutlich der Zusammenhang und die Wesensgleichheit der vom Strafrichter verhängten polizeilichen Maßnahme mit der von andern Behörden ausgehenden. Denn gerade die Fürsorgeerziehung wird mit den gleichen oder doch ähnlichen Folgen wie vom Strafrichter auch von anderen Behörden, insbesondere dem Vormundschaftsgericht, als reine Verwaltungsmaßregel verhängt. Vgl. § 55 St.G.B. (in der Fassung von Art. 34 II E.G. zum B.G.B.) mit Art. 135 E.G. zum B.G.B. und §§ 1666 sowie 1838 B.G.B.

Nach § 55 St.G.B. wird die Zwangserziehung im Anschluß an den objektiven Tatbestand eines Delikts, wenn auch nicht vom Richter, bestimmt.

Nach Art. 135 Abs. I Satz 3 E.G. z. B.G.B. kann sie nach Landesrecht erfolgen, wenn sie zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens des Kindes notwendig ist; das Vormundschaftsgericht ordnet sie an. Nach § 1666 B.G.B. kann die Zwangserziehung durch das Vormundschaftsgericht zum Schutze des Kindes gegen Gefährdung seines geistigen oder leiblichen Wohles durch den Vater (bezw. die Mutter) angeordnet werden.

Nach § 1838 B.G.B. kann sie das Vormundschaftsgericht verfügen, wenn das Kind einen Vormund wegen Minderjährigkeit hat und die Sorge für die Person weder dem Vater noch der Mutter zusteht.

Als Maßregeln der Erziehung sind in allen diesen Fällen die Unterbringung des Minderjährigen in einer geeigneten Familie (nicht in seiner Familie wie nach § 56 Abs. II) oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt ausdrücklich genannt.

Es ist interessant zu beobachten, wie ein und dieselbe Maßregel im Dienste verschiedener Zwecke stehen kann. Während die sog. Zwangserziehung nach § 1666 und § 1838 B.G.B. zunächst lediglich im Interesse des Kindes verfügt wird, nach § 1666 sogar, um das Wohl des Kindes gegen den eigenen Vater zu schützen, überwiegt bei der Verhängung im Anschluß an ein Delikt nach dem Strafgesetzbuch das Schutzinteresse der Gesellschaft, während Art. 135 Abs. I Satz 3 E.G. zum B.G.B. ziemlich in der Mitte steht, indem der Zweck der Verhütung völligen sittlichen Verderbens des Kindes die Zwangserziehung nach Maßgabe des Landesrechts gestattet. Natürlich lassen sich die hier in Gegensatz gestellten legislatorischen Zwecke praktisch nicht trennen: Die Erziehung, welche zunächst nur im Interesse des Kindes geschieht, verhütet ganz von selbst durch sittliche Besserung künftige Delikte, kommt also dem betreffenden Individuum ebenso zu gute wie der Gesamtheit.

Hier sei erwähnt, daß auch da, wo gegen einen Jugendlichen mit Strafe vorgegangen wird, innerhalb dieser die Spezialprävention, und zwar insbesondere durch Besserung, stark im Vordergrunde zu stehen hat. Das R.St.G.B. berücksichtigt diese Forderung in § 57 Abs. II bezüglich der Freiheitsstrafe: „Die Freiheitsstrafe ist in besonderen, zur Verbüßung von Strafen jugendlicher Personen bestimmten Anstalten oder Räumen zu vollziehen.“ [1]) Auch der nur bei Vergehen und Uebertretungen eines Jugendlichen, und zwar in besonders leichten Fällen, zulässige Verweis (§ 57 Ziff. 4), der, wie die herrschende Ansicht annimmt, eine Strafe darstellt, bezweckt in hervorragender Weise, durch sein moralisches

[1]) Landesrechtliche, auf den Strafvollzug bezügliche Bestimmungen nehmen verschiedentlich auf die Spezialprävention gegenüber Jugendlichen besonderen Bedacht. So wird die sog. bedingte Begnadigung (in Bayern eingeführt durch Allerhöchste Entschließung vom 15. Januar 1896) vorzugsweise bei jugendlichen Delinquenten verwendet. Vgl. ferner die schon erwähnte neue Hausordnung für die bayerischen Strafanstalten: „Die Aufgabe der Strafvollstreckung besteht hauptsächlich darin, den Gefangenen zu bessern. . . Namentlich darf nie vergessen werden, daß danach getrachtet werden muß, den Gefangenen wieder zu einem nützlichen Mitglied der menschlichen Gesellschaft zu machen. Besonders bei jugendlichen Gefangenen ist dieses Ziel mit der größten Sorgfalt anzustreben.“

Gewicht, eventl. seinen abschreckenden Eindruck, den Jugendlichen vor weiterer Deliktsbegehung zu bewahren.[1])

Die nächste Verwandtschaft mit der Unterbringung deliktsunfähiger Jugendlicher hat die Versorgung geisteskranker Verbrecher. Im Gegensatz z. B. zu Art. 17 des Schweizer Entwurfs[2]) enthält jedoch das R.St.G.B. keine Bestimmung über dieselbe; der mit der Sache befaßte Richter spricht vielmehr nach § 51 lediglich frei, ohne etwa damit eine Ueberweisung nach Analogie von § 56 Abs. II zu verbinden.[3]) Der Verwaltungsbehörde bleibt volle Selbständigkeit gewahrt; die etwa von ihr zu ergreifende Maßnahme ist vom Strafverfahren völlig getrennt. Es braucht kaum gesagt zu werden, daß dieser Zustand mindestens gemeingefährlichen Geisteskranken gegenüber einer Aenderung dringend bedarf. Mit

[1]) Erwähnt seien an dieser Stelle auch die neuerdings in einzelnen Bundesstaaten eingerichteten sog. Jugendgerichtshöfe. — Maßregeln wie die besondere Ausgestaltung des Strafvollzuges, die häufige Anwendung der bedingten Begnadigung, die Einführung von Jugendgerichtshöfen, erweisen sich als Versuche, im Rahmen des geltenden Straf- und Strafprozeßrechtes eine mehr individualisierende, spezialpräventive Behandlung jugendlicher Verbrecher durchzuführen. Daß diesem ganzen Gebiete de lege ferenda größte Wichtigkeit beikommt, bedarf kaum besonderer Erwähnung. Hierauf einzugehen würde den Rahmen unserer Abhandlung weit überspannen. Aus der großen Menge der einschlägigen neueren Literatur sei insbesondere verwiesen auf v. Lilienthal „Jugendliches Alter" in der Vergl. Strafrechtsdarstellung, Allg. Teil Bd. V S. 103—161 sowie den beachtenswerten Aufsatz A. Löfflers „die strafrechtliche Behandlung Jugendlicher. Eine Studie zur österreichischen Regierungsvorlage" in d. Allg. österreich. Gerichtszeitung 1908 Nr. 21—24.

[2]) „Erfordert die öffentliche Sicherheit die Verwahrung eines Unzurechnungsfähigen oder Vermindertzurechnungsfähigen in einer Heil- oder Pflegeanstalt, so ordnet sie das Gericht an. Ebenso verfügt das Gericht die Entlassung aus der Anstalt, wenn der Grund der Verwahrung weggefallen ist.

Erfordert der Zustand eines Unzurechnungsfähigen oder Vermindertzurechnungsfähigen seine Behandlung oder Versorgung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, so überweist das Gericht den Kranken der Verwaltungsbehörde zur Aufnahme in eine solche Anstalt." cf. dazu Wüst, S. 68 ff. Nahe verwandt mit dieser Maßnahme ist die gerichtliche Einweisung eines unzurechnungsfähigen und deshalb freigesprochenen verbrecherischen Gewohnheitstrinkers in eine Trinkerheilanstalt nach Art. 35 Abs. II. cf. dazu Wüst S. 113 ff.

[3]) Vgl. hier auch § 487 Abs. I R.St.P.O.: „Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ist aufzuschieben, wenn der Verurteilte in Geisteskrankheit verfällt." Auch da also lediglich eine Bestimmung in negativer Richtung!

der Freisprechung sollte unbedingt die Verwahrung vom Strafrichter wenigstens provisorisch verfügt werden können.[1])

2) Die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde.

Wenn wir nunmehr die übrigen im R.St.G.B. normierten, vom Strafrichter urteilsmäßig zu verhängenden Deliktsfolgen betrachten, so werden wir die meisten im 1. Abschnitt des 1. Teils unseres St.G.B. unter der Ueberschrift „Strafen" geregelt finden. Schon daraus ist ersichtlich, als was der Gesetzgeber die hier normierten Maßnahmen im allgemeinen auffaßt. Ob sie wirklich alle Strafen sind, wird noch zu untersuchen sein. Besonders unter den sogen. Nebenstrafen wird sich uns manche sichernde Maßnahme zeigen. Die sogen. Hauptstrafen haben sämtlich — mit Ausnahme des schon erwähnten Verweises unbestrittenermaßen — Strafcharakter. Bevor wir jedoch die im 1. Abschnitt des 1. Teils des St.G.B. festgesetzten Nebenstrafen, je nach dem Interesse des Delinquenten, das sie angreifen, nacheinander auf ihren Charakter prüfen, wollen wir eine im besonderen Teile geregelte Freiheitsbeschränkung betrachten, nämlich die des § 362.

§ 362 nimmt zunächst auf § 361 Ziff. 3 bis 8 Bezug. Diese Stelle lautet: „Mit Haft wird bestraft:

3) wer als Landstreicher umherzieht;
4) wer bettelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt;
5) wer sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang dergestalt hingibt, daß er in einen Zustand gerät, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittelung der Behörde fremde Hülfe in Anspruch genommen werden muß;
6) eine Weibsperson, welche wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist, wenn sie den

[1]) Zu dieser eben angedeuteten, de lege ferenda äußerst bedeutsamen Materie vgl. insbes. Aschaffenburg „die Behandlung gemeingefährlicher Geisteskranker und verbrecherischer Gewohnheitstrinker" in d. Vergl. Strafrechtsdarstellung, Allg. Teil Bd. I S. 79—133.

in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, oder welche, ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht treibt;

7) wer, wenn er aus öffentlichen Armenmitteln eine Unterstützung empfängt, sich aus Arbeitsscheu weigert, die ihm von der Behörde angewiesene, seinen Kräften angemessene Arbeit zu verrichten;

8) wer nach Verlust seines bisherigen Unterkommens binnen der ihm von der zuständigen Behörde bestimmten Frist sich kein anderweitiges Unterkommen verschafft hat und auch nicht nachweisen kann, daß er solches der von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht habe."

§ 362 lautet: „die nach Vorschrift des § 361 Nr. 3 bis 8 Verurteilten können zu Arbeiten, welche ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessen sind, innerhalb und, sofern sie von anderen freien Arbeitern getrennt gehalten werden, auch außerhalb der Strafanstalt angehalten werden.

Bei der Verurteilung zur Haft kann zugleich erkannt werden, daß die verurteilte Person nach verbüßter Strafe der Landespolizeibehörde zu überweisen sei. Im Falle des § 361 Nr. 4 ist dieses jedoch nur dann zulässig, wenn der Verurteilte in den letzten drei Jahren wegen dieser Uebertretung mehrmals rechtskräftig verurteilt worden ist, oder wenn derselbe unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt hat.

Durch die Ueberweisung erhält die Landespolizeibehörde die Befugnis, die verurteilte Person bis zu zwei Jahren entweder in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden. Im Falle des § 361 Nr. 6 kann die Landespolizeibehörde die verurteilte Person statt in ein Arbeitshaus in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder in ein Asyl unterbringen; die Unterbringung in ein Arbeitshaus ist unzulässig, falls die verurteilte Person zur Zeit der Verurteilung das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

Ist gegen einen Ausländer auf Ueberweisung an die Landes-

polizeibehördde erkannt, so kann neben oder an Stelle der Unterbringung Verweisung aus dem Bundesgebiet eintreten."

Ferner bestimmt der sog. Zuhälterparagraph 181 a in Abs. III: „Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht sowie auf Ueberweisung an die Landespolizeibehörde mit den im § 362 Abs. 3 und 4 vorgesehenen Folgen[1]) erkannt werden."

Diese Bestimmungen haben ihre gegenwärtige Fassung erst durch das Gesetz vom 25. Juni 1900 (lex Heinze) erhalten. Vor allem wurde damals Absatz III Satz 2 von § 362 eingefügt und § 181 a neu geschaffen. - - Die Maßregel der sogen. korrektionellen Nachhaft[2]) wurde im wesentlichen aus dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851, dessen Bestimmungen wieder auf dem preußischen Gesetz von 1843 ruhen, in den „Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund" übernommen. Mit einigen Aenderungen kamen die betreffenden Bestimmungen in das St.G.B. für den Norddeutschen Bund und von da unverändert in das R.St.G.B. Die Strafgesetznovelle von 1876 hat der Ziff. 6 des § 361 ihre heutige Fassung gegeben.[3])

Auf die historische Entwicklung der Maßregel der korrektionellen Nachhaft im allgemeinen und der mittels Ueberweisung an die Landespolizeibehörde herbeigeführten im besonderen, ist im Rahmen unserer Abhandlung nicht des näheren einzugehen. Es genüge hier der Hinweis auf *v. Hippel,* die korrektionelle Nachhaft (1889); im 1. Teile dieser Schrift ist das Institut der korrektionellen Nachhaft in Deutschland einer gründlichen historischen Forschung unterzogen. Wir sehen, daß dasselbe keineswegs etwa eine Erfindung der Gegenwart ist, sondern sich,

---

[1]) Besserungs- und Erziehungsanstalt sowie Asyl sind übrigens einem Zuhälter gegenüber nicht zulässig. Vgl. Grobleben, die juristische Natur der korrektionellen Nachhaft, Gerichtssaal, Bd. LXX (1907). S. 210.

[2]) Im Folgenden soll vorerst auf das Verhältnis der Ueberweisung durch das Gericht zu den verschiedenen auf dieselbe hin der Polizei zur Verfügung stehenden Maßregeln und auf das Verhältnis dieser zu einander nicht eingegangen werden. Wir gehen zunächst von der sog. korrektionellen Nachhaft, dem Arbeitshaus, als der typischen Folge der Ueberweisung aus, um erst dann das angedeutete Verhältnis näher zu besprechen.

Wegen der Terminologie cf. Grobleben im Gerichtssaal Bd. LXX S. 201 ff.

[3]) Siehe das Nähere bei v. Hippel, die korrektionelle Nachhaft, 1889.

vor allem im Anschluß an Preußen,[1]) in dieser oder jener Form fast überall in Deutschland seit Ende des 18. Jahrhunderts ausgebreitet hat. Von besonderem Einfluß war ein unter teilweiser Anlehnung an den Code pénal (§ 269 bis 282) ergangenes preußisches Gesetz vom 6. Januar 1843.

Die historische Entwicklung in den Einzelstaaten hat von unserem Standpunkt aus insofern Bedeutung, als im Anschluß an dieselbe die praktische Ausführung der Bestimmungen des § 362 in den verschiedenen Staaten zum Teil recht divergierende Formen angenommen hat. Für die dogmatische Würdigung des Instituts kann uns jedoch diese historische Entwicklung keine erheblichen Anhaltspunkte bieten. Die Gesetzgeber haben das Arbeitshaus im allgemeinen und die korrektionelle Nachhaft im besonderen geregelt, meist ohne sich über ihre prinzipielle Stellung klar auszusprechen, lediglich den praktischen Bedürfnissen folgend. Wir finden sie bald als Polizeimaßregel, bald als Strafe, meistens jedoch als Maßregel, welche Elemente aus beiden Gebieten in sich trägt. Nur ein Punkt scheint fehlstehend: überall tritt uns als gesetzgeberisches Motiv der Besserungszweck entgegen. Durch strenge Zucht sollen Landstreicher, Bettler, Müßiggänger, auch Dirnen, an regelmäßige Arbeit gewöhnt und so in den Stand gesetzt werden, wieder einem ordentlichen Erwerbe nachzugehen. Eine kurze Freiheitsstrafe ist natürlich nicht in der Lage, diesen Zweck zu erreichen. — Deutlich zeigt uns ferner die geschichtliche Entwicklung, daß das Arbeitshaus und ähnliche Einrichtungen nichts dem Strafrecht Eigentümliches, sondern zunächst Maßregeln der Polizeiverwaltung bilden.

Im übrigen sind wir, angesichts der großen Zersplitterung und häufigen Unklarheit der unserem Institute vorgängigen Bildungen darauf angewiesen, dessen Wesen rein aus sich selbst zu erfassen. Indem wir dies zu tun versuchen, müssen wir sogar konstatieren, daß die geschichtliche Entwicklung in einzelnen Staaten dazu geführt hat, den Vorschriften des § 362 eine Auslegung und praktische Durchführung zu geben, welche seinem

[1]) Dort insbes. angeregt durch Suarez und ins Allgemeine Landrecht aufgenommen, allerdings bald wieder praktisch in ziemliche Vergessenheit geraten.

Sinn widerspricht.[1]) Nicht, wie eine Maßregel der gesetzlichen Vorschrift zuwider da oder dort angewendet wird, darf uns zur Richtschnur dienen, wenn wir nach deren Wesen forschen, sondern allein die der Gesetzesvorschrift entsprechende, ihrem Willen gemäße Anwendung, selbst wenn sich dieselbe in der Praxis nirgends fände.[2])

In der Literatur herrscht über das Wesen der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde mit ihren Folgen eine starke Meinungsverschiedenheit.[3])

Die Kompetenzverteilung nach § 362 ist folgende: In den Fällen des § 361 St. 3—8 kann der Richter neben der Ver-

[1]) So haben z. B. nach der Landarbeitshausordnung für Mecklenburg-Schwerin vom 19. Januar 1871 und nach der Verordnung vom 22. Dezember 1870 für Mecklenburg-Strelitz Landstreicher und Bettler auch die zuerkannte Haftstrafe im Arbeitshaus zu verbüßen. cf. v. Hippel, die korrektionelle Nachhaft, S. 89.

[2]) Ich halte es daher für unrichtig, wenn v. Hippel unter den Gründen, die für den Strafcharakter der korr. Nachhaft sprechen, den Umstand anführt, daß sie sich zum Teil praktisch von der vorangehenden Haftstrafe nicht unterscheidet (so v. H., die korrektionelle Nachhaft S. 110; derselbe, die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu, 1895, S. 61). Denn diese Tatsache widerspricht direkt dem Willen des § 362.

[3]) Für den Charakter einer Nebenstrafe sprechen sich aus: das Reichsgericht (vgl. z. B. Entsch. VII S. 432, XXXV S. 343); Finger, Lehrb. S. 451, 493; Merkel, Lehrb. S. 222; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 308; v. Liszt, Lehrb. S. 251; Schütze, Lehrb. S. 80; Olshausen § 362 Nr. 2 u. 4; Oppenhoff § 362 N. 5, § 71 N. 6; Rüdorff-Stenglein § 362 N. 4 u. 7; v. Hippel, korr. Nachhaft S. 100 f.; die strafrechtl. Bekämpf. v. Bettel S. 52 ff.; Vergleichende Strafrechtsdarstellung a. a. O. S. 182; Seuffert in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts II S. 258; v. Holtzendorff in v. Holtzendorff und v. Jagemann, Handbuch des Gefängniswesens, I S. 403; Ekert in v. Holtzendorffs Handb. d. Strafrechts IV S. 203; auch Hälschner, gem. deutsch. Strafrecht I S. 628 ff.; Loening, Vergleichende Strafrechtsdarstellung Allg. Teil, Bd. I, S. 448, Anm. 2.

Eine polizeiliche Maßregel nehmen an: Binding, Grundriß S. 264, Lehrbuch II, S. 926; Frank N. III zu § 362; R. Schmidt, Aufg. d. Strafrechtspflege S. 273, 290 ff.; Beling, Grundzüge d. Strafrechts S. 126; Kritische Vierteljahrsschrift f. Gesetzgeb. u. Rechtswissensch. XLI, S. 90; Wüst, die sich. Maßn. S. 45 f.; Thomsen, Lehrb. S. 159, 189; Rotering, Polizeiübertretungen und Polizeiverordnungsrecht S. 62; Berner, Lehrb. S. 226; Goldschmidt, Vergl. Strafr.-Darst. Allg. T. Bd. IV. S. 275 (cf. bes. Anm. 2). — Neuerdings in ausführlichster Begründung Grohleben, die juristische Natur der korrektionellen Nachhaft, Gerichtssaal LXX S. 201—286. Auf diesen Aufsatz sei besonders verwiesen!

urteilung zur Haftstrafe aussprechen, „daß die verurteilte Person nach verbüßter Strafe der Landespolizeibehörde zu überweisen sei.“ Hat der Richter von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so steht nun der Landespolizeibehörde ihrerseits die Befugnis zu, den Delinquenten nach Verbüßung seiner Haftstrafe in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden, und zwar bis zur Höchstdauer von zwei Jahren; über die Dauer entscheidet innerhalb dieser Grenze auch die Polizei. Endlich hat diese im Falle des § 361 Nr. 6, also gegen Dirnen, die dritte Alternative der Unterbringung in ein Asyl, eine Besserungs- oder Erziehungs-Anstalt statt in ein Arbeitshaus. Jene dritte Möglichkeit besteht erst seit der lex Heinze. Damit hat der Gesetzgeber eine Maßregel geschaffen, deren rein erzieherischer Charakter kaum in Frage gestellt werden dürfte. Ich möchte dieselbe in nächste Nähe der nach § 56 Abs. II gegen Jugendliche zu treffenden Maßnahmen stellen. Wie dort, so steht hier eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt zur Verfügung, außerdem das „Asyl.“ Während allerdings das St.G.B. die Zwangserziehung Jugendlicher nur bei aus bestimmtem Grunde freisprechendem Urteile zuläßt, kommt sie hier bei Dirnen umgekehrt nur bei einem aus § 361 N. 6 zu Haft verurteilenden Erkenntnisse vor.[1]) Trotzdem besteht kein weiterer innerer Zusammenhang zwischen der Zwangserziehung und dem Delikt; dieses liegt in der Uebertretung der für Kontrolldirnen bestehenden polizeilichen Vorschriften, bezw. in dem Treiben gewerbsmäßiger Unzucht ohne polizeiliche Erlaubnis. Es ist klar, daß die Begehung dieses Delikts nur der äußere Anlaß zur Anwendung einer Zwangserziehung sein kann. Diese wird allein den Zweck haben, die Dirne durch Gewöhnung an Arbeit u. s. w. sittlich und dadurch sozial zu bessern. Der Grund der Haftstrafe ist die Uebertretung der betr. Polizeivorschriften, das Delikt des § 361 N. 6; der Grund der Zwangserziehung die sittliche Verwahrlosung und dadurch verursachte soziale Unbrauchbarkeit, also überhaupt

[1]) Ein weiterer Unterschied ist, daß nach § 56/II die Zwangserziehung durch den Richter angeordnet wird, in § 362 durch die Polizeibehörde auf Grund der Ueberweisung, also der Ermächtigung durch den Richter. Die Dauer, wie die ganze nähere Ausführung bestimmt auch nach § 56 die Verwaltungsbehörde.

keine „strafbare Handlung.“ Man kann nicht einmal sagen, daß gerade die genannte Uebertretung von Polizeivorschriften ein spezielles Symptom jener Verwahrlosung sei, gegen welche die Erziehung ankämpfen will. Es wäre also zweifellose in Absurdum, zu sagen, in der Zwangserziehung des § 362 liege eine Strafe für die Uebertretung des § 361 Nr. 6. Ganz abgesehen davon, daß eine solche Erziehungsmaßregel, wie zu zeigen sein wird, überhaupt nie „Strafe“ sein kann, fehlt ihr gerade hier in offensichtlicher Weise jede innere Beziehung zur betreffenden Uebertretung; ihr einziger Zweck ist Besserung. — Wie ist es nun, wenn die Polizeibehörde gegen die Dirne statt Asyl, Besserungs- oder Erziehungsanstalt die Maßregel des Arbeitshauses verfügt?[1]) Soll es sich dann plötzlich um eine Strafe handeln, die Polizei es also in der Hand haben, Strafe oder sichernde Maßnahme zu verhängen? Und wenn das Arbeitshaus im Falle des § 361 Nr. 6 keine Strafe wäre, soll es dann diesen Charakter in den anderen Fällen dieses Paragraphen erhalten? Wir dürfen uns die Antworten auf diese Fragen nicht zu leicht machen, in der Meinung, der Gesetzgeber könne derart ineinander übergreifenden Maßregeln nicht verschiedenen Charakter geben.[2]) Zumal angesichts dessen, daß § 362 nicht aus einem Gusse stammt, müssen wir vorsichtig an die Untersuchung herantreten.

Die Gründe, welche, vor allem von *v. Hippel,* für den Strafcharakter der korrektionellen Nachhaft (hier im engeren Sinne, also mit Ausschluß der Zwangserziehung von Dirnen) geltend gemacht wurden, sind zweifellos nicht zu unterschätzen. Trotzdem glaube ich, de lege lata, nach § 362, an ihrem Charakter als reiner Polizeimaßregel festhalten zu müssen. Vor allem aus folgenden Gründen:

Es geht der Unterbringung in das Arbeitshaus eine Haftstrafe voraus. Auf die Frage, ob dies zweckmäßig ist, soll hier nicht näher eingegangen werden; neuerdings wird ja von den meisten Schriftstellern die kurze Haftstrafe für völlig zwecklos erklärt

[1]) Diese Möglichkeit ist ihr bei Personen unter 18 Jahren genommen. § 362 Abs. III.

[2]) v. Liszt, Lehrb. S. 248; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 9 halten so die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt oder in ein Asyl für Verwaltungsmaßregeln, dagegen die in ein Arbeitshaus für Strafe.

und deren Fallenlassen befürwortet.[1]) Ob dann das Arbeitshaus als Strafe erschiene, ist eine Frage für sich; es wird auf die konkrete Ausgestaltung ankommen, im allgemeinen aber sich um eine Maßregel gemischten Charakters handeln. Desgleichen sei hier nicht näher erörtert, ob nicht die Rücksicht auf die Generalprävention doch auch de lege ferenda eine Trennung zwischen Strafe und Nachhaft rechtfertigen könnte.[2]) Hier genügt es, festzustellen, daß diese Trennung de lege lata vorhanden ist, als Konsequenz des Standpunkts, auf dem unser St.G.B. bezüglich des Strafbegriffs steht. Dieser ist, wie gesagt, der Standpunkt der Vergeltung, also der Anpassung der Strafe in erster Linie an die konkrete einzelne Tat. Der geringfügigen Uebertretung folgt die kurze Haftstrafe. Die Gegner unserer Ansicht erklären nun die sog. Nachhaft für eine Nebenstrafe, und zwar an der Freiheit, die aber vor allem den Zweck der Besserung habe.

Es ist allerdings zuzugeben, daß wir für unsere Auffassung keine Folgerungen aus dem Umstande ziehen dürfen, daß die Maßregel vom St.G.B. nicht im ersten Abschnitte des ersten Teils unter der Ueberschrift „Strafen," sondern vielmehr im besonderen Teile behandelt ist. Selbst wenn darin die Meinung des Gesetzgebers über den Charakter der Maßregel zum Ausdruck käme, wäre dies, wie schon gesagt, für uns nicht ausschlaggebend. Doch dürfen wir diesem Umstande gar keine solche Bedeutung beilegen, zumal angesichts der gerade bei Abfassung des R.St.G.B.

[1]) Vgl. auch die in Art. 31 des schweizer. Entwurfs geregelte Arbeitsanstalt für liederliche oder arbeitsscheue Verbrecher. Es ist wohl eine Maßregel gemischten Charakters. Das Arbeitshaus kann vom Richter anstatt der Gefängnisstrafe oder neben derselben verhängt werden. Auch die Dauer der Einweisung setzt der Richter fest. Vorläufige Entlassung ist zulässig.

Verwandt mit der Arbeitsanstalt ist die, allerdings vor allem auf Unschädlichmachung berechnete Verwahranstalt für vielfach Rückfällige, die an Stelle der Strafe tritt (geregelt in Art. 29 u. 30). In beiden Fällen richtet sich die Dauer der Freiheitsentziehung nicht nach dem begangenen einzelnen Delikt. Siehe das Nähere bei Wüst S. 87 ff. u. 102 ff. Besonders zweideutig ist das Wesen der Verwahrung Rückfälliger.

[2]) So R. Schmidt, Aufg. der Strafrechtspflege S. 266 ff., 290 ff. Es kommt für die Entscheidung dieser Fragen Alles darauf an, welche Bedeutung man der Generalprävention zumessen will. Denn Vergeltung in unserem Sinne kann nicht durch jede Uebelszufügung erreicht werden, sondern nur durch die genau gerechte.

vorhandenen Inkonsequenzen.[1]) Ebensowenig dürfen wir uns darum auf den Wortlaut von § 362 stützen, welcher von Ueberweisung an die L.P.B. „nach verbüßter Strafe“ spricht.[2])

Dagegen spricht für unsere Auffassung der ausschließliche Besserungszweck des Instituts.[3])

[1]) So erklären die Motive zum Entwurfe des St.G.B. für den norddeutschen Bund die Polizeiaufsicht und die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde für „ihrem Wesen und ihrem Zwecke nach wesentlich auf einer Linie stehende Maßregeln.“ Die Polizeiaufsicht ist aber unter der Ueberschrift „Strafen“ in §§ 38 und 39 R.St.G.B. geregelt. Weitere Widersprüche innerhalb der Motive und zwischen diesen und dem St.G.B. nachgewiesen bei Grobleben S. 241, 242.

[2]) Anderer Ansicht bez. der beiden letztgenannten Punkte Grobleben S. 241 f. bezw. 235 ff.

[3]) Daß kein anderer Zweck, insbes. nicht der der Strafe den Sinn der korektionellen Nachhaft bilden kann, wird das Folgende zu zeigen versuchen. Auch die Motive (cf. S. 158) weisen deutlich auf das Dominieren des Gesichtspunkts der Besserung hin. Wenn die praktische Ausgestaltung der dogmatischen Stellung der betr. Maßnahme nicht immer gerecht wird, so ist dies zu bedauern. Auf alle Fälle müssen wir, wie schon angedeutet, äußerst vorsichtig sein, wenn wir Details der praktischen Ausgestaltung für oder gegen unsere Ansicht ins Feld führen wollen. Wenn v. Hippel (d. strafr. Bek. v. Bettel S. 60) z. B. sagt: „Der Besserungszweck spielt“ nach den Beobachtungen in der Praxis „bei der sog. korrektionellen Nachhaft absolut keine andere oder größere Rolle als bei unseren sonstigen länger dauernden Freiheitsstrafen,“ so möchte ich dem eben jene Worte entgegenhalten, die v. Hippel selbst, auf der gleichen Seite, betreffend die beim Vollzug der korr. Nachhaft tatsächlich von der Polizeibehörde angewendeten polizeilichen Rücksichten gebraucht: „Nach meiner Ueberzeugung sind es, wo solche Rücksichten tatsächlich geübt werden, jedesmal Mißbräuche bei der Anwendung des Gesetzes, welche der Beseitigung bedürfen.“

Wollten wir uns jedoch prinzipiell zur Entscheidung unserer Frage auf den Vollzug der korr. Nachhaft stützen, so würden sich aus demselben, wenn er auch nicht genügend der Besserung Rechnung trägt, doch mehr Argumente für den polizeilichen als für den Straf-Charakter herausfinden lassen. Es sei als Beispiel daran erinnert, daß eine ganze Anzahl der Arbeitshäuser nicht nur im Dienste des § 362 stehen (cf. v. Hippel, Bettel S. 137 ff., 245 ff.), vielmehr auch — ohne Rücksicht auf ein Delikt — Arme, Unterstützungsbedürftige, zur Zwangserziehung bestimmte Jugendliche u. s. w. aufnehmen, kurz allgemein zur Ausführung polizeilicher Maßnahmen zur Verfügung stehen. (Besonders schlimm sind diese Zustände in Oldenburg). Man denke sich da einmal, der Staat wolle auch die Gefängnisse und Zuchthäuser so verwenden, so wird der Unterschied zwischen dem Vollzug der Maßnahmen des § 362 und dem Strafvollzug in die Augen springen. Angesichts der Verschiedenartigkeit und Mangelhaftigkeit, welche leider immer noch in Deutsch-

Es ist allerdings richtig, daß, wie *v. Hippel*[1]) im Gegensatz zur Auffassung *Bindings*[2]) sagt, die Strafe die Mitberücksichtigung des Besserungszweckes nicht ausschließt. Allein dieser darf, wie erwähnt, vom Standpunkt der Vergeltungsstrafe aus nicht zum alleinigen, ja nicht einmal zu dem die Vergeltung überwuchernden Zwecke werden. Denn Vergeltung ist entweder gerechte Vergeltung oder sie ist überhaupt nicht Vergeltung.[3]) Wenn nun also die geringfügige Haftstrafe vom Gesetze für das der betreffenden Rechtsverletzung adäquate Uebel, die passende Strafe gehalten wird, so hat es keinen Sinn, als weitere Strafe, als Nebenstrafe, noch eine event. zweijährige Freiheitsentziehung folgen zu lassen. Den Nachweis *v. Hippels*,[4]) daß dies nicht nur de lege ferenda, sondern auch vom Standpunkt des R.St.G.B. aus als gerechte Vergeltung betrachtet werden könne, halte ich nicht für gelungen.

Er ist der Ansicht, daß die Vergeltung sich in erster Linie nicht nach der Rechtsgüterverletzung, sondern nach der Verschuldung, der Gesinnung des Täters richten müsse; diese Verschuldung sei am größten bei „gewohnheitsmäßigem, bewußtem Kampfe gegen die Rechtsordnung. Je größer diese Schuld, desto schwerer die Strafe." Dieser Gedankengang ist an sich völlig richtig. Ich habe auch schon erwähnt, daß sich die Neuzeit im Strafrecht vor allem durch eine immer stärkere Berücksichtigung der subjektiven Seite des Delikts und Abstufung der Vergeltung nach dieser kennzeichnet. Vielleicht wird diese Berücksichtigung der subjektiven Seite die der objektiven völlig in

land im gesamten Vollzug der in Freiheitsentziehungen bestehenden Maßregeln, ob sie nun Strafen sind oder nicht, herrscht, verzichte ich aber prinzipiell darauf, solche Details der Ausführung weiter zu berücksichtigen.

[1]) Die korr. Nachhaft S. 103 ff.

[2]) Grundriß § 92. Vgl. auch Grobleben S. 219 Anm. 1 betr. einige andere den Besserungszweck ebenfalls leugnende Schriftsteller.

[3]) Bei der an Jugendlichen vollzogenen Freiheitsstrafe ist ja ebenfalls der Besserungszweck stark beteiligt. Während er sich aber dort innerhalb der Strafgrenzen hält, gewinnt er hier schlechthin ausschlaggebende Bedeutung. Auch in § 362 Abs. I äußert sich der Besserungszweck im Rahmen der Strafe.

[4]) Die korr. Nachhaft S. 109, 110.

den Hintergrund drängen;[1]) der bisherigen Entwicklung und namentlich dem Standpunkt des R.St.G.B. entspricht aber letzteres nicht. Vielmehr berücksichtigt dieses in erster Linie die Größe der Rechtsgüterverletzung. Und von diesem, ich möchte sagen, kombinierenden Standpunkt aus läßt sich eine Bemessung der Strafe allein nach der antisozialen Gesinnung nicht denken; und darum würde es sich hier handeln. — Wenn aber unser Gesetzbuch wirklich die sich im betreffenden Delikt zeigende „Verschuldung" im Sinne eines „Hanges zum Delikte" durch erhöhte Strafe besonders ahnden wollte, so würde es dies gewiß nur gemäß seinen eigenen in anderen solchen Fällen angewandten Prinzipien tun. Man denke an den Strafschärfungsgrund des Rückfalls, ferner an den der Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit der Delikts-Verübung,[2]) um zu sehen, nach welchen Grundsätzen unser Gesetz verfährt, wenn es die durch ein Delikt dokumentierte besonders antisoziale Gesinnung in der Strafe berücksichtigen will. Entsprechend dem ganzen System des St.G.B. greift der Gesetzgeber selbst einige ihm für eine solche Gesinnung hervorragend symptomatisch erscheinende Umstände heraus, um sie bei gewissen Delikten in die Form von fest umgrenzten Strafschärfungsgründen zu kleiden, denen eine poena extraordinaria gegenübergestellt wird. Also überall eine einem bestimmten Tatbestand gegenüberstehende bestimmte Strafe! Die antisoziale Gesinnung wird nicht im einzelnen Falle vom Richter gewürdigt, sondern bildet nur das legislatorische Motiv zur Aufstellung des betreffenden Strafschärfungsgrundes. In entsprechender Weise müßte der Gesetzgeber auch bei den Delikten der §§ 181a und

[1]) Erwähnt sei hier, daß man jedoch die sog. subjektive Seite des Delikts in verschiedener Weise berücksichtigen kann. Entweder man hat es allein auf die antisoziale Gesinnung des Täters abgesehen und berücksichtigt das einzelne Delikt nur insoweit es dieselbe offenbart. Oder, man will sich umgekehrt gerade an das konkrete Delikt halten und berücksichtigt nun dabei die Gesamtgesinnung des Täters insofern, als sie zum Verständnis der subjektiven Seite des konkreten Delikts nötig ist. Die Grenzen dieser zwei Anschauungen sind natürlich sehr flüssige. Meist wird jedoch auch der prinzipielle Unterschied verkannt.

[2]) Rückfall ist Strafschärfungsgrund bei Diebstahl, Raub, Hehlerei, Betrug (§§ 244/245, 250 Ziff. 5, 261, 264); Gewohnheits- bzw. Gewerbsmäßigkeit bei Hehlerei, unberechtigtem Jagen, Wucher (§§ 260, 294, 302d).

361 Nr. 3—8 verfahren sein, wenn es ihm überhaupt darauf angekommen wäre, die antisoziale Gesinnung, die sich eventuell darin zeigen kann, durch schärfere Strafe zu berücksichtigen. In § 362 ist aber der Gesetzgeber auf völlig andere Art vorgegangen.[1]) Er hat sich außerhalb seiner für Strafen geltenden Grundsätze gestellt.

Ferner müßte das Gesetz, wenn es sich überhaupt um eine Strafe handeln würde — sei es für den Normalfall des betreffenden Delikts, oder um eine poena extraordinaria, — dieselbe auf alle Fälle wenigstens formell den für Strafverhängung geltenden Grundsätzen unterstellen. Und mit diesen verträgt es sich durchaus nicht, daß es, wie hier, gar nicht der Richter selbst, sondern vielmehr die Polizeibehörde ist, welche die betreffende Maßregel verfügt. In deren Ermessen liegt es, ob sie auf die Ueberweisung hin überhaupt eine Maßnahme ergreifen will, und wenn ja, was für eine und für welche Dauer.[2]) Es wäre also die Verhängung einer „Strafe" in die Hände einer Verwaltungsbehörde gelegt, bzw. — falls man nämlich in der richterlichen Ueberweisung den Strafausspruch sieht — dieser anheimgestellt, ob und wie sie die „Strafe" vollstrecken will. Beides aber widerspricht unseren von der Strafe gewonnenen Begriffen, zum mindesten aber paßt es nicht in das vom R.St.G.B. normierte System der Strafen.[3]) [4])

[1]) § 362 Abs. II Satz 2 ändert am Gesagten nichts.

[2]) Die Gesichtspunkte, von welchen die Polizeibehörde bei ihrer Entscheidung auszugehen hat, sind vor allem durch einen Bundesratsbeschluß vom 26. Juni 1889 festgelegt (abgedruckt bei v. Hippel, Bettel S. 70 ff.). Vgl. dazu Grobleben S. 227 ff. Die durch diesen Beschluß bezüglich der Anwendung der korrektionellen Nachhaft durch die Polizei herbeigeführte Gleichmäßigkeit ändert nichts an der prinzipiellen Stellung und Bedeutung der polizeilichen Entscheidung. Insbesondere gilt dies für den Umstand, daß nun in der Regel jeder Ueberwiesene in das Arbeitshaus eingeliefert wird. A. A. v. Hippel, Bettel, S. 59; Vgl. Strafrechtsdarstellung a. a. O. S. 188/189.

[3]) v. Hippel, Bettel a. a. O. behauptet, es seien im wesentlichen strafrechtliche Grundsätze, nach denen die Polizeibehörden ihre Befugnis handhabten, also über Eintritt und Dauer der Nachhaft entschieden. Wir werden weiter unten sehen, daß dem nicht so ist. Selbst wenn aber v. Hippel recht hätte, so würde dieser Umstand von später zu erörternden Gründen abgesehen — schon angesichts der eben besprochenen formellen Regelung nicht für den Strafcharakter sprechen können. Denn diese formelle Regelung —

Der Ueberweisung als Nebenstrafe würde materiell wie formell jedes dem System unseres Gesetzbuchs entsprechende Verhältnis zu der abzuurteilenden Tat fehlen. Aber auch jede vernünftige Proportion zur Hauptstrafe würde ihr abgehen. Die verurteilte Person wird z. B. 14 Tage in Haft behalten und kommt hierauf vielleicht auf zwei Jahre ins Arbeitshaus. Ist beides Strafe, so müssen wir fragen, welches ist der Grund der Trennung in eine Haupt- und Nebenstrafe, und welches ist denn das wirkliche Verhältnis der beiden Maßregeln? — Die Trennung der Strafe in Haupt- und Nebenstrafe kann sich legislatorisch doch nur da rechtfertigen, wo der Gesetzgeber Strafübel aufstellt, welche verschiedene Interessen des Delinquenten treffen sollen, bezw. das gleiche Interesse in wesentlich verschiedener Weise — also etwa bei Verbindung einer Freiheits- mit einer Ehrenstrafe, oder einer Geldstrafe mit einer Einziehung nach § 40; vor allem muß aber dann das eine Uebel im Vergleich zum anderen auch wirklich das nebensächlichere sein. Dies Alles trifft jedoch hier nicht zu: beide, Haft wie Arbeitshaus richten sich gegen die Freiheit des Delinquenten; ferner ist die „Nebenstrafe" bedeutend härter als die Hauptstrafe. Wird in der Gesamtmaßregel (Haft und Arbeitshaus) die gerechte Strafe gesehen, warum dann eine solche unmotivierte Trennung, welche schon wegen der Verhängung der Nachhaft durch die Polizeibehörde geeignet ist,

---

Verhängung der Maßnahme durch die Polizeibehörde — widerspricht nach geltendem Recht unbedingt dem Wesen einer Strafe. Dieser Kontrast wird nun nicht etwa dadurch beseitigt, daß die Polizeibehörde wenigstens selbst nach strafrechtlichen Grundsätzen verfährt.

[4]) Eine ganz andere Frage ist es, ob sich de lege ferenda die Beibehaltung des Systems der „Ueberweisung" empfiehlt, oder ob nicht die Verhängung der Unterbringung ins Arbeitshaus bezw. in eine Besserungsanstalt etc. besser unmittelbar dem Strafrichter zu übertragen wäre. Für dies letztere Verfahren sprechen schwerwiegende Gründe, darunter insbesondere auch der Umstand, daß in der jetzigen Praxis der Entscheidung der Landespolizeibehörde durchaus nicht die vom Gesetze gewollte Bedeutung zukommt und nach Lage der Umstände gar nicht zukommen kann, daß andrerseits der Richter recht wohl in den Stand versetzt werden könnte, selbst die dem konkreten Fall adäquate Entscheidung zu treffen. S. das Nähere bei v. Hippel, Vergl. Strafrechtsdarstellung a. a. O. S. 187, 188/189, 224/225. — Bemerkt sei aber, daß der Wegfall des Systems der Ueberweisung allein das Arbeitshaus noch nicht zu einer Strafe machen muß.

der Gesamtheit nur die Haft als Strafe erscheinen zu lassen? Die unverhältnismäßig scharfe „Nebenstrafe" ist eben lediglich durch ihre Zweckmäßigkeit begründet und nicht als Strafe im Rechtssinne zu erachten. Nach dem in sich konsequenten Standpunkte des R.St.G.B., dessen kriminalpolitische Berechtigung hier nicht in Frage kommt, ist nur die Haft Strafe, die Ueberweisung aber polizeiliche Maßregel.

Wenn man allerdings von den Grundanschauungen, auf denen das R.St.G.B. steht, absieht, unter „Strafe" etwas vom Begriffe unseres Gesetzbuchs Abweichendes versteht, z. B. die sog. reine Sicherungsstrafe, so ist es freilich leicht zu finden, daß alle Merkmale einer „Strafe" in der korrektionellen Nachhaft enthalten sind. Von einem solchen Standpunkt aus sagte z. B. *v. Liszt* in der 3. Aufl. seines Lehrbuchs S. 256[1]): „Daß wir es hier mit wirklichen Nebenstrafen, nicht aber mit polizeilichen Maßregeln zu tun haben, ergibt sich aus dem oben besprochenen Begriffe der Strafe. Die richtige Auffassung der Strafe, nach welcher sie Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung ist, nach welcher Art und Maß der Strafe lediglich bestimmt wird durch das Bedürfnis nach Schutz der Rechtsgüter [gemeint ist Schutz durch Spezialprävention. D. Verf.], hat gerade in diesen Nebenstrafen an der Freiheit, freilich ohne daß der Gesetzgeber sich klar geworden wäre über die theoretische Tragweite seiner Anordnungen, prägnanten, gesetzlichen Ausdruck gefunden." Dem ist nur zu entgegnen, daß eben diese „richtige Auffassung der Strafe" nicht die unseres Gesetzbuchs ist. Und wenn wir fragen, welche Maßregeln des R.St.G.B. Strafen sind, so müssen wir die Antwort aus dem Geiste der Bestimmungen unseres Gesetzbuchs heraus zu finden suchen.

Wir haben es bisher mit Absicht unterlassen, des näheren auf die Bedeutung des Umstandes einzugehen, daß die Nachhaft selbst durch die Polizeibehörde verhängt wird, während der Richter im Urteil nur die Ueberweisung ausspricht. Diese Regelung durch das Gesetz hat nun hier und da dazu geführt, zwischen jener Ueberweisung und der daraufhin durch die Polizei ergriffenen Maßregel eine systematische Trennung durchzuführen. So die bei *v. Hippel* (die korr. Nachhaft S. 101) zitierte Verfügung des

[1]) In den neueren Auflagen findet sich diese Stelle nicht mehr.

preußischen Ministeriums des Innern vom 27. Juli 1875: „Als gerichtlich festgesetzte Strafe kann nur dasjenige angesehen werden, was ausdrücklich in dem Erkenntnis der Gerichtsbehörde ausgesprochen worden ist, mithin im Falle des § 362 die der Hauptstrafe als Nebenstrafe hinzugefügte „„Ueberweisung an die Landespolizeibehörde."" Dagegen ist, wenn die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde erfolgt und damit die erkannte Nebenstrafe vollstreckt ist, die auf Grund der Ueberweisung erlassene Entscheidung der Verwaltungsbehörde darüber, ob und wie lange der Ueberwiesene zu detinieren, nicht mehr als ein Teil der Strafe, sondern nur als infolge der Strafe angeordnete Besserungsmaßregel anzusehen." [1]) — Die gleiche Ansicht vertritt *Olshausen.*[2]) Eine solche künstliche Scheidung halte ich wie *v. Hippel*[3]) für falsch.[4]) Hält man die Ueberweisung für den Ausspruch einer Strafe, so ist eine daraufhin von der Polizeibehörde getroffene Maßnahme eben als Strafvollzug zu betrachten. Der Ausspruch des Gerichts hat nur Sinn, insofern die Ausführung durch die Polizei dahinter steht. Die Ueberweisung als solche allein, mit Ausschluß der an sie geknüpften Folgen gedacht, hat nicht die geringste reale Bedeutung. Nur durch die Aussicht auf den Eintritt der konkreten Folgen kann die Ueberweisung selbst für den Delinquenten ein Uebel enthalten. Und eine Strafe muß doch eine in sich geschlossene Maßnahme sein, welche ihre Bedeutung nicht erst durch einen außerhalb derselben gelegenen Umstand erhält. Man müßte hier vielmehr mit *v. Hippel*[5]) annehmen, daß es sich um eine „aus Zweckmäßigkeitsrücksichten ausnahmsweise bedingt erkannte Strafe" handle, die durch den Ausspruch der Polizeibehörde, von ihrer Befugnis Gebrauch machen zu

[1]) Die Ansichten der preußischen Regierung über den Charakter des ganzen Instituts sind, wie die bei v. Hippel, Bettel S. 55 ff. zitierten Ministerialverfügungen zeigen, übrigens weder sehr konsequent noch klar.

[2]) Anm. 2 zu § 362 sagt er, daß die gleichen Gründe für den Strafcharakter der Maßregel sprechen, wie bei der Stellung unter Polizeiaufsicht. Dort (Anm. 1 zu § 38) führt er aus, daß der Ausspruch des Gerichts an sich eine Strafe sei. Diesen Standpunkt jedoch gerade für die Ueberweisung näher zu fixieren, hat Olshausen in seinen neueren Auflagen unterlassen.

[3]) Korr. Nachhaft S. 101, 102; Bettel S. 54, 55.

[4]) Vgl. auch Grobleben S. 215.

[5]) Korrekt. Nachhaft S. 102.

wollen, zur unbedingten wird.[1]) Die Ueberweisung, von der die Polizei keinen Gebrauch macht, hat höchstens die Bedeutung einer nicht erfüllten Drohung für den Delinquenten, also strafrechtlich gar keine Bedeutung.[2]) Von unserem Standpunkt aus verhängt somit der Richter durch das Urteil nicht direkt selbst eine sichernde Maßnahme, sondern ermächtigt nur dazu die Polizeibehörde. Die sichernde Maßnahme selbst liegt natürlich im Vollzug der betreffenden Detention.[3])

[1]) Wie schon gesagt, hebt der Umstand, daß es die Verfügung einer Maßregel durch die Polizeibehörde wäre, welche die Strafe zur unbedingten machte, den Strafbegriff auf.

[2]) Vgl. Grobleben S. 215.

[3]) Die Bedeutung des gerichtlichen Ueberweisungsausspruchs tritt im Verhältnis zum Vollzuge zurück, wenn wir der ganzen Maßregel polizeilichen Charakter vindizieren. Vom Standpunkt der Generalprävention aus hätte dagegen die Verhängung der bedingten Strafe eine viel höhere Bedeutung. Der Schwerpunkt läge hier auf dem Strafurteil, nicht auf der polizeilichen Entschließung.

Die Ansicht der genannten preußischen Verfügung und Olshausens hat manches Bestechende. Ihre nähere Untersuchung wird uns zugleich den wahren Charakter der ganzen Maßregel der Ueberweisung in deutlichem Lichte zeigen. Die Gegner unserer Ansicht nennen meist die Ueberweisung eine Nebenstrafe, ohne weiter nach den verschiedenen Folgen derselben zu unterscheiden. Wie gesagt, können dann diese Folgen nur als Strafvollzug betrachtet werden. Da hätten wir nun eventuell den merkwürdigen Fall, daß, wenn die Polizeibehörde eine Dirne in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder in ein Asyl unterbringt, der Strafvollzug sich als reine sichernde Maßnahme erweist. Dagegen läßt sich nicht einwenden, das Asyl z. B. sei poenae causa verhängt, und nehme damit Strafcharakter an, ein und dieselbe Maßregel lasse sich zu den verschiedensten Zwecken im Dienste des Rechtsgüterschutzes verwenden. So richtig dies letztere ist, so wenig kann ich mich hier mit ersterem Ergebnisse einverstanden erklären. Denn nur eine Maßregel, welche, bei sonst vielleicht indifferentem Charakter, die dem Wesen einer Strafe entsprechenden Merkmale wenigstens annehmen kann, läßt sich als Strafe verwenden. Dies muß aber für die hier in Frage kommenden Institute geleugnet werden. Eine Besserungsanstalt, ein Asyl, als staatliche Strafe, dies halte ich für eine contradictio in adiecto. Es sind das Institute, die sich — im Gegensatz z. B. zum Arbeitshaus — überhaupt nicht in den durch den Begriff der Strafe gezogenen Rahmen bringen lassen. — Von diesem Standpunkt aus dürfte man deutlich sowohl das Bestechende, wie das Widerspruchsvolle der Ansicht erkennen, welche in unserem Fall den gerichtlichen Ausspruch systematisch vom Vollzug durch die Polizei trennen möchte. Dieser Meinung liegt das richtige Gefühl zu Grunde, daß man in den von der Polizei nach § 362 verhängten Maß-

Außer der schon besprochenen Zwangserziehung von Dirnen kann die Polizeibehörde statt Unterbringung in ein Arbeitshaus (der korrektionellen Nachhaft im engeren Sinn) die betreffende Person zu gemeinnützigen Arbeiten verwenden.[1]) Strafe ist dies aus den gleichen Gründen nicht wie die eigentliche Nachhaft. Vielmehr tritt kriminalpolitisch auch hier der Besserungszweck allein hervor, der sich allerdings in einer Kreuzung mit einem ökonomischen, ich möchte fast sagen, fiskalischen Gesichtspunkte zeigt. — Ferner kann die Polizeibehörde den ihr überwiesenen Ausländer neben oder[2]) an Stelle der Unterbringung aus dem Bundesgebiete verweisen. Die Ausweisung steht allein unter dem Gesichtspunkt der Unschädlichmachung der betreffenden Person für das Inland. Strafe ist sie hier schon wegen ihres Vikariierens mit der Unterbringung und ihrer Verhängung durch die Polizei nicht.[3])

Gewiß tritt auch in sämtlichen Fällen der — eventuell bis zu zwei Jahren währenden — Detention eine Unschädlichmachung des betr. Individuums ein. Jedoch rechtfertigt es sich, zumal an-

---

regeln eine Strafe nicht sehen kann; eine Strafe will man aber unbedingt annehmen; so kommt man dazu, sie in die bloße Ueberweisung zu verlegen. Auf diese Weise wird man gezwungen, etwas, was seinem innersten Wesen nach eine Einheit bildet, begrifflich zu zerlegen. Denn obwohl der Zusammenhang zwischen dem gerichtlichen Ausspruch und der Ausführungsfolge durch das Dazwischentreten einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde ganz andrer Natur und äußerlich nicht so eng ist, wie z. B. bei der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, ist diese Scheidung doch, wie oben gesagt, ein logischer Fehler.

Haben wir also den Vollzug bei Unterbringung in das Asyl u. s. w. als sichernde Maßnahme erkannt, so bleibt nichts übrig, als dem ganzen Institut der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde diesen Charakter zuzusprechen.

[1]) Nach den Angaben v. Hippels, Bettel, S. 170 ff. fast ganz ohne praktische Bedeutung.

[2]) Die Worte „neben oder“ sind durch die lex Heinze eingefügt. Diese Einschaltung halte ich nicht für streng logisch: sie bedeutet eine Halbheit: denn die Unterbringung will Besserung, die Ausweisung Unschädlichmachung. Ist Besserung erreicht, so ist Unschädlichmachung überflüssig, und umgekehrt. Nur die unvollkommene Erreichung der genannten Ziele in der praktischen Ausführung entschuldigt diese Inkonsequenz.

[3]) Zu beachten, daß die Ausweisung auch unabhängig von gerichtlicher Entscheidung als reine Polizei-Maßregel vorkommt.

gesichts dieser relativ geringen Maximaldauer[1]) nicht, gerade diesen Zweck hier in den Vordergrund zu stellen.[2]) Aber auch für Erreichung des Besserungszweckes bietet diese Höchstdauer natürlich keine Garantie. So sehen wir, daß, obwohl der Besserungszweck das legislatorische Motiv für die Bestimmungen des § 362 (abgesehen natürlich von der Ausweisung) bildet, derselbe doch nicht vollständig konsequent durchgeführt ist. Streng folgerichtiger Weise, vom Standpunkt einer sichernden Maßnahme aus, müßte § 362 Abs. III eine dem § 56 Abs. II Satz 2 analoge Bestimmung, nur natürlich ohne Altersgrenze, enthalten. Jedoch widerspräche eine Fortsetzung in infinitum doch dem Wesen eines Besserungsversuches; nach einer bestimmten Maximaldauer muß jede solche „Kur" einmal als erfolglos aufgegeben werden.[3]) Dann könnte höchstens dauernde Unschädlichmachung des Unverbesserlichen Platz greifen. — Einen Menschen aber wegen seiner sich in leichten Delikten äußernden antisozialen Gesinnung etwa auf Lebenszeit der Gnade der Polizeibehörden auszuliefern, würde eine Kollision mit anderen Prinzipien des modernen Rechtsstaates bedeuten, die ebenso hoch stehen wie das der Sicherung der Gesellschaft. So hat denn keine Gesetzgebung der Gegenwart diese letzte und extremste Konsequenz des Sicherungsgedankens zu ziehen gewagt. Ein gewisses — wenn

[1]) cf. betr. die verschiedene Auslegung, welche den Worten „bis zu zwei Jahren" gegeben wird, den Abschnitt „Vollstreckungsverjährung" im III. Teil.

[2]) Ferner sei hier die stark abschreckende Wirkung erwähnt, die speziell dem Arbeitshaus zukommt; sie entspricht durchaus dem Willen des Gesetzgebers. Es handelt sich da um eine generalpräventive Bedeutung der Maßnahme. — Es ist jedoch klar, daß, auch ohne ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, jede polizeiliche Zwangsmaßregel gegen Personen, welche an bestimmte deliktische Tatbestände geknüpft und regelmäßig geübt wird, nebenbei generalpräventiv wirken wird.

[3]) Der Entwurf eines St.G.B. für den norddeutschen Bund hatte 3 Jahre als Maximaldauer der Nachhaft aufgenommen. Ebenso der schweizer. Entwurf (Art. 31) bez. der Arbeitsanstalt. Anders das belgische Gesetz vom 27. November 1891, das die gewerbsmäßigen und nachweislich arbeitsscheuen Bettler zur Unterbringung in der „maison de mendicité" für die Dauer von 2 bis 7 Jahren verurteilt werden läßt. Der Verurteilte darf allerdings alle drei Monate um seine Entlassung einkommen. Ueber die allgemeines Interesse beanspruchenden Maßregeln gegen Bettel und Landstreicherei in Belgien s. v. Hippel in der vergl. Strafrechtsdarstellung a. a. O. S. 126 ff.

auch von den sonstigen in dieser Beziehung geltenden Grundsätzen des St.G.B. abweichendes — Maßprinzip liegt unverkennbar vor: Die sich in den betreffenden Delikten zeigende antisoziale Gesinnung ist eben keine so starke, daß sie die völlige Hintansetzung aller anderen rechtsstaatlichen Grundsätze rechtfertigen könnte.

3) Die Polizei-Aufsicht.

In nächster Verwandtschaft mit der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde steht die Maßregel der Polizeiaufsicht. Schon die Motive[1]) beweisen dies. Daran kann dadurch nichts geändert werden, daß diese Maßnahme im St.G.B. §§ 38 und 39 unter dem Titel „Strafen“ behandelt ist. Allerdings zeigt uns dies sowohl wie die Motive, daß der Gesetzgeber die Polizeiaufsicht als Strafe aufgefaßt hat und zwar als Nebenstrafe an der Freiheit. Freilich sagt § 45: „Wenn neben der Strafe . . . . auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann,“ stellt also scheinbar die Polizei-Aufsicht in Gegensatz zur Strafe. Doch möchte ich hierauf angesichts der systematischen Eingliederung unter die Strafen, wie sie insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der betreffenden Paragraphen hervorgeht, kein Gewicht legen.[2])

§ 38 lautet: „Neben einer Freiheitsstrafe kann in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen auf die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden.

Die höhere Landespolizeibehörde erhält durch ein solches Erkenntnis die Befugnis, nach Anhörung der Gefängnisverwaltung den Verurteilten auf die Zeit von höchstens fünf Jahren unter Polizei-Aufsicht zu stellen.

Diese Zeit wird von dem Tage berechnet, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist.“

§ 39 lautet: „Die Polizei-Aufsicht hat folgende Wirkungen:

1) dem Verurteilten kann der Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten von der höheren Landespolizeibehörde untersagt werden;

[1]) Anhang III der Motive zum II. Entwurf eines St.G.B. für den norddeutschen Bund.

[2]) Keinesfalls geht es an, wie Thomsen, Lehrbuch S. 188 dies tut, ausschließlich durch diese Aeußerlichkeit den Strafcharakter widerlegen zu wollen.

2) die höhere Landespolizeibehörde ist befugt, den Ausländer aus dem Bundesgebiete zu verweisen;
3) Haussuchungen unterliegen keiner Einschränkung hinsichtlich der Zeit, zu welcher sie stattfinden dürfen."

Die Regelung des Instituts durch diese Paragraphen ist kurz folgende: Nur in bestimmten, ausdrücklich genannten Fällen[1]) läßt das Gesetz die Stellung unter Polizei-Aufsicht zu, und zwar nur neben einer Freiheitsstrafe. Dies ist meist die Zuchthausstrafe, zum auch Gefängnis, in einem Falle sogar Festung (§ 6 des Gesetzes vom 3. Juli 1893 gegen den Verrat militärischer Geheimnisse). Es handelt sich also um eine Reihe besonders schwerer Delikte. In diesen Fällen hat das Gesetz es dem Ermessen des Richters freigestellt, neben der Freiheitsstrafe auf „Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht" zu erkennen. Wie bei der Ueberweisung erteilt der Richter auch hier der Landespolizeibehörde nur eine Ermächtigung, spricht sohin nicht selbst das Eintreten der Maßregel aus, sondern lediglich deren „Zulässigkeit." Die höhere Landespolizeibehörde[2]) erhält dadurch die Befugnis, den Verurteilten nach der Freiheitsstrafe (cf. § 38 Abs. III!)[3]) auf die Zeit von höchstens 5 Jahren unter Polizei-Aufsicht zu stellen. Bevor sie die Entscheidung hierüber trifft, hat sie die Gefängnisverwaltung zu hören. Also auch die Polizeibehörde hat wieder

[1]) Diese Fälle sind: St.G.B. §§ 49a (Aufforderung oder Erbieten zu Verbrechen), 115 (Aufruhr), 116 (Auflauf), 122 (Meuterei von Gefangenen), 125 (Landfriedensbruch), 146, 147 (Münzdelikte), 180, 181 (Kuppelei), 181a (Zuhälterei), 248 (Diebstahl und Unterschlagung), 256 (Raub und Erpressung), 262 (Hehlerei), 294 (gewerbsmäßiges unberechtigtes Jagen), 325 (mehrere gemeingefährliche Verbrechen); Versuch eines mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechens (§ 44); bestritten bez. der Beihilfe zu einem der letztgenannten Verbrechen (cf. Fuhr, Strafrechtspflege und Sozialpolitik S. 197; a. A. v. Liszt Lehrb. S. 264, Meyer-Allfeld Lehrb. S. 311 N. 16). Von den Nebengesetzen: Seemannsordnung (1902) § 105; Nahrungsmittelgesetz (1879) § 13; Sprengstoffgesetz (1884) § 11; Gesetz geg. den Verrat militärischer Geheimnisse (1893) § 6; Sklavenraubgesetz (1895) § 3. — Vgl. ferner R.St.G. B. §§ 45 und 76; auch § 57 Ziff. 5.

[2]) Daß § 38 von der höheren Landespolizeibehörde spricht, während § 362 nur Landespolizeibehörde sagt, ist, wie Fuhr (die Polizeiaufsicht S. 41/42) nachweist, ohne prinzipielle Bedeutung.

[3]) Bez. der Zeitberechnung cf. Fuhr, die Polizeiaufsicht S. 54 ff. Wir werden auf diesen Punkt zurückkommen.

freie Hand, sie kann nach eigenem Ermessen von der ihr erteilten Befugnis Gebrauch machen oder nicht. Bestimmend wird bei ihrer Entscheidung vor allem das von der Gefängnisverwaltung abgegebene Gutachten sein. Ist nach der ganzen Persönlichkeit und Gesinnung des Täters, wie sie sich insbesondere aus seinem Verhalten in der Strafanstalt erkennen läßt, zu befürchten, daß er die Freiheit mißbrauchen, bald wieder rückfällig werden würde, so wird die Polizeibehörde von der ihr erteilten Ermächtigung Gebrauch machen. Tut sie dies, so hat sie gleich selbst auszusprechen, welche von den in § 39 geregelten Wirkungen der Polizei-Aufsicht eintreten sollen, in welchem Umfang und auf welche Zeitdauer.[1]) Bei dieser Auswahl hat sie allein den Zweck der Verbrechensverhütung zu berücksichtigen, auch solche Maßregeln zu vermeiden, welche nur dem Fortkommen des Delinquenten in der Freiheit besonders hinderlich sein würden.

Diese Bestimmungen des R. St. G. B. haben eine lange historische Entwicklung hinter sich. Wenn wir die Natur der Polizeiaufsicht auch lediglich nach ihrer Stellung im System unseres Gesetzbuchs zu beurteilen haben, so wird doch ein kurzer historischer Rückblick uns manche Fingerzeige für die Beantwortung unserer Frage geben können. Selbstverständlich kann es nicht unsere Aufgabe sein, hier ausführlich auf die einzelnen Institute des früheren Rechts einzugehen, welche als Vorläufer oder Verwandte der Polizei-Aufsicht zu gelten haben. Zudem wäre dies angesichts der umfassenden Darstellung, welche diese Materie bei *Fuhr* „Strafrecht und Sozialpolitik" gefunden hat, überflüssig. Ich kann mich hier damit begnügen, auf diese sich auf eine überaus reiche Materialsammlung stützende Darstellung zu verweisen und nur im Anschluß an dieselbe die historische Entwicklung in Deutschland zu skizzieren, soweit ich dies zum Verständnis der geltenden Einrichtung für erforderlich halte.

Vorläufer unserer Polizei-Aufsicht finden sich schon allenthalben in deutschen Staaten am Ende des 18. und um die Wende des 19. Jahrhunderts.[2]) In den verschiedenen Kriminalgesetzen

[1]) Siehe Fuhr, die Polizeiaufsicht S. 52.

[2]) Ihren Ursprung finden sie in den gegen den nicht überführten, aber dringend verdächtigen Angeschuldigten getroffenen Sicherungsmitteln.

jener Zeit, besonders im Josephinischen Gesetzbuch von 1787, der preußischen Kriminalordnung von 1805, treten uns so eine ganze Reihe von Maßregeln entgegen, welche sich gegen den Verbrecher, der seine Freiheitsstrafe verbüßt hat, wenden und hauptsächlich bezwecken, neue Delikte desselben zu verhüten. Solche Maßregeln sind vor allem[1]): Die Friedensbürgschaft, die Landesverweisung sowie die Verweisung aus einzelnen Orten oder Bezirken, deren Gegenteil: die Verstrickung, ferner insbesondere die polizeiliche Aufsicht im engeren Sinn und endlich die Einsperrung im Arbeitshaus. Von letzterer wurde schon gesprochen. In den anderen genannten Einrichtungen werden wir leicht Verwandte unserer Polizei-Aufsicht erkennen. Sie wurden teilweise auch im Interesse des Verurteilten ausgesprochen, um ihn allmählich wieder an das Leben in der Freiheit zu gewöhnen. Die Verhängung lag allgemein den Gerichten ob;[2]) doch paßte sich die Ausgestaltung durch die Polizei nach Inhalt und Voraussetzungen ganz den Bedürfnissen des einzelnen Falles an, lediglich den Zweck möglichster Verbrechensverhütung im Auge behaltend.[3]) Theorie wie Praxis sind sich in der Trennung von den eigentlichen (Vergeltungs-)Strafen einig.

Die hier ansetzende Entwicklung wurde leider unterbrochen, und zwar durch den einschneidenden Einfluß, den der französische Code pénal auf die deutsche Strafgesetzgebung übte. Dieser nahm das Institut der Polizei-Aufsicht (surveillance de la haute police) ebenfalls auf, regelte dasselbe jedoch im Anschluß an das Sénatus consulte organique vom 18. Mai 1804 auf einer ganz anderen Grundlage als das deutsche Recht. Die Polizei-Aufsicht wird vom Code pénal ausdrücklich als „peine“ bezeichnet, und zwar ist sie entweder gesetzliche Straffolge oder Neben- oder endlich

[1]) Nach Fuhr, Strafrechtspflege S. 24 ff.

[2]) Daß solche Maßregeln (im Polizeistaate!) auch unabhängig von richterlicher Entscheidung vorkamen, ist nur selbstverständlich. — Auch heute kommen polizeiliche Aufenthaltsbeschränkungen gegenüber Bestraften nach Verbüßung der Strafe landesrechtlich als reine polizeilich-sichernde Maßnahmen, unabhängig vom Gerichtsausspruch, vor; cf. Freizügigkeitsges. v. 1. November 1867 § 3 mit bayr. Heimatsgesetz (Fassung vom 30. Juli 1899) Art. 37, 39 Z. 5 u. 6, 40 ff.

[3]) Diese Ungebundenheit der Polizeibehörde, welche leicht an Willkür grenzen konnte, erklärt sich aus den den Polizeistaat über die publizistische Stellung des Individuums beherrschenden allgemeinen Ideen.

Hauptstrafe. Sie erscheint als dem Strafensystem völlig eingegliederte, vom Strafgesetzbuch genau geregelte, der individualisierenden Anpassung an den Einzelfall keinen Raum bietende Maßnahme. Dem Wesen nach ist es eine im Kampfe gegen politische Verbrecher entstandene schikanöse Einrichtung. Die sozialpolitische Tendenz der deutschen Polizei-Aufsicht ist ihr fremd. Die weiteren Entwicklungen des Instituts in Frankreich — bis zur formellen Beseitigung durch das Gesetz vom 27. Mai 1885[1]) hat es deren mehrere durchgemacht — interessieren hier nicht weiter; sein Wesen blieb sich im allgemeinen gleich. — An diese Regelung der Polizei-Aufsicht im französischen Recht haben manche der deutschen Gesetzbücher des 19. Jahrhunderts, insbesondere das preußische von 1851, angeknüpft.[2]) Die Entstehung des modernen Rechtsstaates mit seinen Forderungen bezüglich des Schutzes der individuellen Freiheit gegen polizeiliche Willkür ließ eine unmittelbare Fortbildung der im Anfange des Jahrhunderts geschaffenen Sicherungsmaßregeln, deren Hauptgewicht in den weitgehenden, der Polizei eingeräumten Befugnissen lag, nicht zu; die Zeit verlangte eine genaue gesetzliche Umgrenzung der der Verwaltung gestatteten Eingriffe. In der französischen Gesetzgebung fanden sich diese Voraussetzungen erfüllt. Dazu kam der weitgehende Einfluß, den die französischen Institutionen überhaupt auf die deutschen Gesetzgebungen übten. So ist es erklärlich, wenn, wie im ganzen Gebiete des Strafrechts, insbesondere auch in der Regelung der Polizeiaufsicht die französischen Bildungen in Deutschland übernommen wurden. — Immerhin gestaltete sich die Entwicklung der Polizeiaufsicht in den verschiedenen deutschen Staaten seit dem französischen Code pénal von 1810 nicht einheitlich. Als ein allgemeiner Fortschritt gegenüber Frankreich ist es zu bezeichnen, daß nirgends in Deutschland die Polizei-Aufsicht wie im Code pénal Art. 47 und 48 als ipso iure eintretende Straffolge vorkam — Einige deutsche Strafgesetzbücher, so die Württembergs (1839), Braunschweigs (1840) und Hamburgs (1869) lehnten sich sogar eng an den deutschen Rechtsgebrauch an und nahmen die Polizei-Aufsicht als reine durch den Richter verhängte Sicherungsmaßregel auf.[3]) Es „wird dem

[1]) Als letzter Rest besteht noch das Aufenthaltsverbot.

[2]) Zum Folgenden s. Fuhr, Strafrechtspflege S. 134 ff.

[3]) In Sachsen, Sachsen-Altenburg, den beiden Mecklenburg stand umgekehrt die Verhängung der Polizei-Aufsicht ganz im Ermessen der Polizei-Behörde, sie

Richter das Recht zugesprochen, auf Stellung unter Polizei-Aufsicht nach erstandener Strafe in all' den Fällen zu erkennen, in welchen „nach der Beschaffenheit des verübten Verbrechens oder Vergehens und nach der Persönlichkeit des Täters zu besorgen ist, daß derselbe die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden möchte.“ [1]) Also nach freiem Ermessen kann neben jeder Strafe, bei jedem Verbrechen oder Vergehen aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen die Polizei-Aufsicht verhängt werden.

Ein Mittelding zwischen dieser und der französischen Auffassung stellt die Regelung dar, welche die Polizei-Aufsicht in den Strafgesetzen von Hessen (1841), Baden (1845) und der thüringischen Staaten (Strafgesetzbuch von 1850) gefunden hat. Die Polizei-Aufsicht ist hier für den Normalfall „an das Vorliegen zweier Bedingungen geknüpft; einmal kann dieselbe nur neben bestimmten Strafen, in der Regel nur neben Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe erkannt werden und hier nur unter der weiteren Voraussetzung, daß der zu dieser Strafe Verurteilte „nach Beschaffenheit des verübten Verbrechens und nach seiner Persönlichkeit für die öffentliche Sicherheit besonders gefährlich erscheint.“ [2]) Die Bindung an bestimmte Strafen entspricht französischer Auffassung; sie ist vom Standpunkt des bloßen Zweckmäßigkeitsgedankens aus nicht verständlich. Die Präsumption, daß die schwersten Deliktsfälle, in denen allein schwere Strafe eintrete, aus einer besonders gefährlichen Gesinnung resultieren, die Schwere der Strafe also gleichsam ein Maßstab für die Gefährlichkeit des Täters sei, trifft nicht zu; zum mindesten aber wäre dies ein vom Gestetzgeber gewählter unnötiger und daher unverständlicher Umweg, um zur Paralysierung der Gefährlichkeit des Delinquenten zu kommen. Die zweite Voraussetzung aber, an welche in den genannten Fällen der Eintritt der Polizei-Aufsicht gebunden ist, entspricht lediglich dem Zweckgedanken möglichster, dem Individuum angepaßter Verbrechens-Prävention. Immerhin können wir sagen, daß hier der letztere Gesichtspunkt überwiegt. Die Bindung der Maßregel an bestimmte Strafen und Delikte rechtfertigt sich durch die Rücksicht auf die vom Rechts-

trat völlig unabhängig von einem Erkenntnisse des Strafrichters ein, war auch nicht in den Strafgesetzen geregelt. Sie ist hier lediglich Maßregel des Polizeirechts.

[1]) Fuhr, Strafrechtspflege S. 151 152.

[2]) Fuhr, Strafrechtspflege S. 152.

staate anerkannte und geschützte persönliche Freiheit; es ist, wenn man bedenkt, daß es sich um die Periode der Entstehung dieses Rechtsstaates handelt, begreiflich, daß man Eingriffe in die individuelle Freiheit eher in zu enge als zu weite Schrancken wies.

Endlich kommen wir zu der Gruppe von Staaten, welche in enger Anlehnung an das französische Vorbild die Polizei-Aufsicht geregelt haben. Vor allen Dingen ist hier das preußische Gesetzbuch von 1851 zu nennen, doch auch das bayrische von 1861 und andere gehen diesen Weg. *Fuhr* (Strafgesetzpflege und Sozialpolitik S. 154/155) kennzeichnet diese letztere Art der Regelung treffend mit den Worten: „Wie die Schwere des zur Aburteilung gelangenden Verbrechens und demgemäß die Höhe der Strafe beurteilt wird zunächst und hauptsächlich „„nach dem Werte, den das durch das Verbrechen angegriffene Rechtsgut für die Rechtsordnung hat““, so hat auch der Richter, welchem andere maßgebende Gesichtspunkte vom Gesetzgeber nicht an die Hand gegeben werden, vor allem hiernach die Frage nach Eintritt oder Nichteintritt der Polizei-Aufsicht im einzelnen Falle zu entscheiden, soweit ihm überhaupt noch ein freies Ermessen gestattet und nicht die Polzei-Aufsicht obligatorisch angedroht wird. Die Rücksicht auf die persönliche Gefährlichkeit des Täters ist nur legislatorisches Motiv gewesen, d. h. die Gefahr für die öffentliche Sicherheit war ausschlaggebend für die Aufnahme der Polizei-Aufsicht und bei Auswahl der Verbrechens-Gattungen, bei welchen Polizei-Aufsicht angedroht werden sollte. Der Richter hat im einzelnen Fall dieselbe aber nicht in Betracht zu ziehen; sie wird bei jedem, welcher ein solches Verbrechen begeht, präsumiert und soll nur bei Bemessung der Dauer der Polizei-Aufsicht wieder maßgebend sein“.[1]) In Preußen entsprach die Ausführung der Polizei-Aufsicht durch die Verwaltungsbehörden ganz dem Geiste des St.G.B.; es wurde rücksichtslos schematisch verfahren, alle von den Gerichten unter Polizei-Aufsicht Gestellten wurden ohne näheres Eingehen auf die Person sämtlichen zugelassenen Beschränkungen unterworfen. Die schlechten Erfolge veranlaßten dann im Jahre 1866 eine ministerielle Anweisung, welche eine individuellere

[1]) Interessant ist noch die von Fuhr (a. a. O. S. 159) erwähnte Verwendung der Polizeiaufsicht in Baden und Hessen als vom Richter selbständig, d. h. nicht neben einer Strafe verhängte Maßregel zur Sicherung gegen denjenigen, welcher einen Anderen mit der Begehung eines Verbrechens bedroht.

Behandlung der der Polizei-Aufsicht Unterstellten durch die Behörden in die Wege leitete.

Vor allem die preußische Gestaltung bildet die Grundlage, auf der der Gesetzgeber weiter baute, als es sich darum handelte, ein St.-G.-B. für den norddeutschen Bund zu schaffen. Dabei sah man sich veranlaßt, gegenüber dem preußischen Muster wesentliche Milderungen, was Voraussetzung wie Inhalt der Polizei-Aufsicht betrifft, eintreten zu lassen[1]) und sich so in mancher Beziehung wieder dem Geiste des Instituts, wie es sich um die Jahrhundert-Wende in Deutschland ausgebildet hatte, zu nähern. Ueberwiegend blieb aber leider immer noch der französische Einfluß.

Ueber den rechtlichen Charakter der Polizeiaufsicht, wie sie sich so im Gefolge einer langen historischen Entwicklung in unserem St.G.B. darstellt, herrscht Streit. Die überwiegende Meinung zählt sie mit dem Gesetzgeber unter die Strafen und zwar als eine Nebenstrafe an der Freiheit.[2]) Es ist ja auch kein Zweifel, daß die

[1]) Vgl. über das Nähere Anhang III der Motive des II. Entwurfs, und dazu die Darstellung bei Fuhr, Strafrechtspflege S. 185 ff.

[2]) Die Kontroverse geht Hand in Hand mit dem Streite über das Wesen der korrektionellen Nachhaft. Für polizeilichen Charakter sprechen sich insbesondere aus: Beling, Grundzüge S. 81 und Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XLI S. 90; Binding Handbuch I S. 873, Grundriß S. 264; Thomsen, Lehrbuch S. 188, 159; Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht (1884/85) I S. 158; Grolebeen a. a. O. S. 246; Frank N. I zu § 39; Fuhr, die Polizeiaufsicht S. 94 ff. In seinem 2. Werk (Strafrechtspflege und Sozialpolitik, S. 240 und 273 ff.) scheint Fuhr die Polizei-Aufsicht für Strafe zu halten; so wird auch dieses Buch in der Literatur großenteils als für den Strafcharakter sich entscheidend zitiert (so v. Olshausen zu § 38, Thomsen S. 188). Bei dem Verdienste Fuhrs um die Erforschung unserer Materie dürfte seiner Ansicht besonderes Gewicht beikommen. Es sei darum erwähnt, daß ich trotz jenes gegenteiligen Anscheines glaube, gerade dieses zweite Werk für meine Ansicht ins Feld führen zu können. Denn der Verf. steht in diesem, wie z. B. seine Ausführungen auf S. 272 ff. (besond. §§ 110 und 111) deutlich zeigen, durchaus auf dem Boden der sog. reinen Schutzstrafe. Daß von diesem Standpunkt aus jede spezialpräventive Maßregel „Strafe" genannt wird, haben wir schon erwähnt, ebenso, daß vom Standpunkte des geltenden Rechts die Spezialpräventions-„Strafe" eben nicht als Strafe sondern nur als sichernde Maßregel erscheint. Wenn daher Fuhr die Polizei-Aufsicht als seinem Strafbegriff konform betrachtet, so ist dies kein Beweis gegen, wohl aber für unsere Auffassung. Auch gibt ja gerade er allenthalben deutlich zu (z. B. S. 241, 242, 247, 273 oben), daß die Polizei-Aufsicht in ein System der Vergeltungsstrafen nicht paßt, und ich glaube, daß seine historische Darstellung sowie insbesondere

äußere Erscheinung ein (wenigstens mittelbar) vom Richter wegen eines Verbrechens verhängtes Uebel darstellt. Die Maßregel hat aber, wie der historische Ueberblick gezeigt haben dürfte, in ihrer heutigen Ausgestaltung manchen Zug, der auch materiell für den Strafcharakter zu sprechen scheint. Vor allem möchte ich hierher rechnen, daß die Polizeiaufsicht an bestimmte, dem Gesetzgeber besonders gefährlich erscheinende schwere Delikte — allerdings nicht obligatorisch — geknüpft ist und daß sie nur neben einer schweren Freiheitsstrafe vorkommt; ferner beträgt ihr Maximum fünf Jahre. Ein Mißverhältnis zwischen Schwere des Delikts und Schwere des daran geknüpften Uebels, desgleichen zwischen der Hauptstrafe und der „Nebenstrafe", wie dies bei der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde, als Strafe aufgefaßt, zutrifft, liegt also hier offenbar nicht vor. Dazu kommt, daß die Polizei-Aufsicht nach ihrer Regelung im R.St.G.B. und ihrer Handhabung kaum im Stande ist, wirkliche Erfolge in der Verbrechen-Prävention zu erzielen, somit das Uebel, das sie für den Betroffenen darstellt, seine Eigenschaft als bloß unvermeidliches Akzessorium einer Sicherungsmaßregel in vielen Fällen verliert und den Charakter einer absichtlich zugefügten eigentlichen Verbrechensfolge zu gewinnen scheint. Endlich sei hier noch der Umstand erwähnt, daß die Polizei-Aufsicht nach § 57 Ziff. 5 R.St.G.B. bei Jugendlichen ausgeschlossen ist; diese Bestimmung kann nur einem strafrechtlichen Gesichtspunkt entsprungen sein.

Eigentümlich berühren muß es jedoch, wenn wir die Ansichten der Verteidiger des Strafcharakters der Polizei-Aufsicht durchgehen, daß sich dieselben nicht einig sind, worin eigentlich das Strafübel liegen soll. Diese Frage verdient ein kurzes Ver-

die eben genannten und noch manche andere Stellen seines Buchs — s. z. B. S. 227, wo Fuhr seiner eigenen Strafauffassung direkt widerspricht — den besten Beleg für unserere Auffassung liefern. Sein Eintreten für den Strafcharakter der Polizei-Aufsicht auf S. 273 ff. (bes. S. 279) geht von anderen Grundlagen aus als unser bestehendes Recht, gilt also nicht für dieses. Auf S. 240 dagegen stellt sich Fuhr auf den Standpunkt des Gesetzgebers unseres St.G.B.; daß dieser die Polizei-Aufsicht als Strafe auffaßt, haben wir ja gesehen. Wenn der Verf. jedoch weiter sagt, daß die Polizei-Aufsicht durch die ganze Art der Regelung im R.St.G.B. ihrer polizeilichen Natur entkleidet sei, so meint er dies offenbar (cf. auch S. 272/273) nur mit Rücksicht auf den völligen tatsächlichen Mißerfolg der ganzen Maßregel. Aber nur darum, weil sie als sichernde Maßnahme verfehlt ist, wird sie noch nicht Strafe.

weilen. Während man zunächst geneigt ist, das Strafübel in der Stellung unter Polizeiaufsicht durch die Behörde mit den daran geknüpften Wirkungen der Freiheitsbeschränkung zu sehen, welche Ansicht — soweit überhaupt von den Lehrbüchern und Kommentaren zu dieser Frage klar Stellung genommen wird, — scheinbar weit verbreitet ist, glaubt ein anderer Teil im Anschluß an *Olshausen,*[1]) bereits in dem Ausspruch der Zulässigkeit von Polizeiaufsicht durch den Richter die Strafe erblicken zu müssen. Die durch richterliches Urteil statuierte Möglichkeit der Freiheitsbeschränkung bedeute an sich ein Uebel. Ich glaube, daß, wie bei der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde, ebenso hier schon dieser Punkt den Glauben an den Strafcharakter der Polizei-Aufsicht wankend machen muß. Denn, wie gesagt, durch den Vollzug, das konkrete Uebel, muß sich die Strafe legitimieren. Gehen wir auf die Ansicht *Olshausens* näher ein, so zeigt sich, daß auch hier das Uebel, welches in der durch den Richter statuierten möglichen Freiheitsbeschränkung liegen kann, allein durch seine Beziehung auf die Verwirklichung dieser Freiheits-Beraubung seine Substanz erhält. Bei Besprechung der korrektionellen Nachhaft haben wir festgestellt: wenn die Ueberweisung der Ausspruch einer Strafe sei, so könne man die darauf hin eintretenden Maßnahmen nur als Strafvollzug betrachten. Man müsse also von einer bedingt erkannten Strafe reden, die erst durch eine Entscheidung der Polizeibehörde zur unbedingten werde. Genau das gleiche gilt für die Polizei-Aufsicht; aber noch mehr. Denn während für das Eintreten der korrektionellen Nachhaft im allgemeinen nur solche Umstände maßgebend sein können, die vor dem richterlichen Ausspruch liegen, d. h. während die Polizei-Behörde bei ihrer Entscheidung, ob sie die Nachhaft überhaupt verhängen will, sich fast ausschließlich auf das vor dem Erkenntnisse des Gerichts liegende Leben des Verurteilten stützen kann, tritt bei der Polizei-Aufsicht noch ein weiteres Moment hinzu. Ob die Polizei-Aufsicht tatsächlich anzuwenden sei, hat die Behörde in erster Linie nach dem Verhalten des Täters nach dem Urteil, während des Strafvollzugs, zu entscheiden. Ob somit die bedingt erkannte Strafe eintreten soll, das liegt im Wesentlichen beim Verurteilten selbst. Damit wird, wie *Fuhr* (die Polizeiaufsicht S. 95) dargelegt hat, aus der

[1]) Anm. 1 zu § 38.

bedingt erkannten Strafe eine bloß angedrohte.[1]) Wo bleibt da das im Ausspruch der Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht liegende Uebel? Ist es etwa in dem seelischen Unbehagen enthalten, das der Gedanke an die künftigen Haussuchungen etc. mit sich bringt, die abzuwenden sogar in der Macht des Verurteilten selbst liegt? Ich glaube, hier zeigt sich ziemlich deutlich, daß es nicht angeht, eine Strafe in etwas zu sehen, das seine Bedeutung allein durch seine Beziehung auf eine künftige Tatsache erhält.[2]) — Wollen wir also von einer Strafe reden, so können wir diese nur in der polizeilichen Aufsicht selbst mit ihren Wirkungen und nicht in der Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht suchen. Und da glaube ich denn, trotz der in dem Institute vorhandenen strafrechtlichen Elemente den Strafcharakter verneinen zu müssen. Denn, wie wir sehen werden, überwiegen auch in der mißglückten Gestaltung der ganzen Maßregel in unserem Gesetzbuch die Gesichtspunkte der Sicherung vor künftigen Delikten des gleichen Täters die Momente der Generalprävention.

Daß das ganze Institut dem Wunsche nach Verbrechens-Prävention durch Ueberwachung besonders gefährlicher Delinquenten nach ihrem Wiedereintritt in die Freiheit seine Entstehung verdankt, geht

[1]) Zivilistisch gesprochen, wäre dies für den Verurteilten eine Potestativbedingung.

[2]) Wie sehr das ganze Institut seine Bedeutung nur durch die Ausführung seitens der Polizei erhält, mag man sich auch daran veranschaulichen, daß neben Todesstrafe bzw. lebenslänglicher Freiheitsstrafe nicht auf Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht erkannt werden darf. Warum? Nun einfach, weil die Präventiv-Maßregeln des § 39 jeden Grund und Sinn verlieren, wenn die betreffende Person völlig unschädlich gemacht wird. Läge aber das Gewicht der ganzen Einrichtung nicht in diesen Maßnahmen, sondern wäre wirklich der gerichtliche Ausspruch selbst Strafe, so müßte er analog der Aberkennung der bürglichen Ehrenrechte auch neben jenen die Spezialprävention am radikalsten mit-verwirklichenden Strafen zulässig sein. Daß eine solche Regelung eine Sinnwidrigkeit sein würde, illustriert die Unhaltbarkeit jener Ansicht. Sobald jedoch das mit dem Tode oder lebenslänglichem Zuchthaus bedrohte Verbrechen im Versuchs-Stadium haften bleibt, die unschädlichmachende Strafe somit nicht Platz greifen kann, darf nach § 44 Abs. II auf Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht erkannt werden. Der Gesetzgeber präsumiert also bei allen diesen Delikten eine besondere Gefährlichkeit des Täters, die sich im Versuch ebenso zeigt wie im vollendeten Verbrechen. Diese ganze Regelung zeigt uns demnach nicht nur, daß der Ausspruch des Gerichts nicht Strafe ist, sondern daß überhaupt die ganze Polizei-Aufsicht nur mit Rücksicht auf die Zwecke der Spezialprävention zu verstehen ist.

aus dem historischen Ueberblick hervor. Auch die Motive schließen jeden Zweifel darüber aus. Im Anhang III derselben ist (S. 102) deutlich gesagt, die Maßregel sei ihrem Zweck nach ein Präventivmittel für bestimmte Kategorien besonders gemeingefährlicher Verbrecher. Obgleich nun dieser Zweck durch die praktische Handhabung der gesetzlichen Bestimmungen selten erreicht wird, ist er doch für die Ausgestaltung des Instituts in erster Linie maßgebend gewesen.[1])

Zunächst für die Auswahl der Fälle, in denen die Polizei-Aufsicht vom Gesetzgeber für zulässig erklärt wurde. Es ist dies, wie gezeigt, eine Reihe besonders schwerer Delikte, die nach Ansicht des Gesetzgebers eine starke Gefährlichkeit des Täters verraten. Bei manchen anderen, die an Schwere der Rechtsgüterverletzung jenen mindestens gleichkommen, ist die Polizei-Aufsicht nicht vorgesehen, und zwar aus dem Grunde, weil diese dem Gesetzgeber keine solche Gefährlichkeit zu dokumentieren schienen. Mag diese Präsumption nun im einzelnen Fall stimmen oder nicht, jedenfalls ist sie für den Gesetzgeber motivierend gewesen; wir sehen, daß unmöglich das Bedürfnis nach gerechter Vergeltung, nach Verbrechens-Repression den Gesetzgeber geleitet haben kann, wenn er bei dem einen Delikt die Polizei-Aufsicht zuließ, bei dem andern aber nicht. So fehlt z. B., — wenn man von dem Fall des § 44 Abs. II absehen will — die Polizei-Aufsicht gänzlich im 16. und 17. Abschnitte unseres Gesetzbuchs, also gerade bei den Verbrechen und Vergehen wider Leib und Leben, dagegen ist sie bei den sog. gemeingefährlichen Delikten nach § 325 höchst ausgibig verwertet. Und doch ist die Integrität des menschlichen Lebens mit das höchste Rechtsgut. Von den für die Verteilung der einzelnen Strafgrößen sonst im St.G.B. geltenden Grundsätzen aus ist es nicht verständlich, warum der Gesetzgeber die Polizei-Aufsicht gerade bei den einen besonders schweren Delikten zuließ, bei anderen mindestens ebenso schweren aber nicht. Damit fällt auch jene Argumentation, welche zu Gunsten des Strafcharakters der Polizei-Aufsicht darauf hinweist, daß diese vom Gesetzgeber an bestimmte schwere Delikte geknüpft ist. Wären hiefür wirklich die gewöhnlichen strafbestimmenden Gesichtspunkte maßgebend gewesen,

[1]) Wie schon bei Besprechung der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde erwähnt, dürfen wir das Wesen einer Einrichtung nicht danach beurteilen, ob der mit ihr verfolgte Zweck auch wirklich erreicht wird. Es genügt, daß die Ausgestaltung der Einrichtung durch jenen Zweck bedingt und bestimmt ist.

so müßte die Polizei-Aufsicht ebenfalls bei anderen Verbrechen vorkommen.

Besonders instruktiv scheint mir auch, wie schon angedeutet, die Behandlung, welche die Polizei-Aufsicht nach §§ 45 und 44 Abs. II beim Versuch gefunden hat. Wenn nämlich neben der Strafe des vollendeten Delikts auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann, so ist dies auch neben der Versuchstrafe möglich und sogar in den Fällen, wo aus dem erwähnten Grunde der Zwecklosigkeit die Polizei-Aufsicht bei der Strafe des vollendeten Delikts unzulässig ist (bei den mit Tod oder lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen), kann sie beim Versuch eintreten. Wie will man dies aus dem Strafcharakter und den für Strafe geltenden Grundsätzen ableiten? Die einzig stichhaltige Erklärung ist vielmehr die Notwendigkeit der Spezialprävention, zu welcher auch der Versuch, der zwar nur eine Rechtsgütergefährdung herbeiführt, aber die gleiche antisoziale Gesinnung offenbart wie das vollendete Delikt, vollen Anlaß bietet.

Ferner ist zu beachten, daß in all' den genannten Fällen der Richter die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht nur nach völlig freiem Ermessen aussprechen darf und kann, niemals aber muß. Welche Gesichtspunkte werden ihn nun bei der konkreten Entscheidung leiten? Wieder nur solche der Spezialprävention.[1]) Er wird sich fragen, ob das zur Aburteilung stehende konkrete Delikt, für das der Gesetzgeber jene Gefährlichkeit generell präsumiert hat, auch wirklich eine Gefährlichkeit des Täters für die Zukunft befürchten läßt; ob z. B. eine Brandstiftung das Werk eines jähzornigen unüberlegten Impulses, oder ob sie die wohlerwogene Tat eines zur Erreichung seiner Ziele vor nichts zurückschreckenden, für die altruistischen Bedürfnisse des sozialen Zusammenlebens unempfänglichen Menschen ist. Ob anzunehmen ist, daß der Delinquent, der vielleicht schon mehrfach rückfällig wurde, die Freiheit nach dem Strafvollzuge alsbald wieder zu einem Verbrechen mißbrauchen werde, oder ob dies nicht zu befürchten steht. Kurz, in dem ihm durch die gesetzliche Gestattung der Polizei-Aufsicht gesteckten Rahmen wird es die Rücksicht auf die Gefahr, die in der Person des Täters für die Zukunft liegt, und nicht die Rücksicht auf die geschehene Rechts-

[1]) S. Fuhr, Strafrechtspflege S. 198.

güterverletzung sein, welche den Richter veranlaßt, die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht auszusprechen.

Doch auch durch den positiven Ausspruch des Richters wird noch nichts definitiv geregelt, sondern eben nur der Polizei-Behörde eine Befugnis erteilt. Diese ist es dann, die nach Anhörung der Gefängnisverwaltung die Polizei-Aufsicht verhängt und ihre nähere Ausgestaltung bestimmt. An dieser Stelle zeigt sich erst das wahre Wesen des Instituts in vollem Lichte. Aus den gleichen prinzipiellen Gründen, wie bei der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde, die hier nur noch stärker hervortreten,[1]) schiebt sich zwischen das Urteil des Gerichts und die konkrete Maßregel eine freie Entscheidung der Polizeibehörde, zunächst darüber, ob überhaupt der Delinquent unter Aufsicht zu stellen sei. Schon diese formelle Regelung widerspricht, wie oben ausgeführt, dem Begriffe einer unserem Strafensystem gemäßen Strafe.[2]) Damit stimmt auch die materielle Seite überein: denn nur Gründe der Spezialprävention waren es, welche den Gesetzgeber zu dieser Regelung veranlaßten. Die Polizei-Behörde soll alle jene Erwägungen, die schon der Richter vor seinem Ausspruch über die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht gepflogen haben soll, in noch viel intensiverer Weise als der Richter es tun konnte, vornehmen; und zwar wird sie dabei die einzelne Tat, welche den Anlaß zur Verurteilung bildete, fast gar nicht berücksichtigen, vielmehr ihr Augenmerk ausschließlich der Persönlichkeit des Täters

[1]) S. Fuhr, Strafrechtspflege S. 200/201.

[2]) A. A. bez. der Bedeutung dieses Punktes Fuhr, die Polizeiaufsicht S. 96. Auch Finger, Lehrb. S. 451 sagt: „Schwerer wiegt der Einwand Belings a. a. O., die Polizei-Aufsicht sei keine Strafe, weil sie von der Polizei-Behörde nach eigenem Ermessen verhängt wird. Der Einwand geht indessen von der unbewiesenen Voraussetzung aus, daß eine Maßregel, welche Folge der Verübung strafbarer Handlung und die inhaltlich ein Leid ist, als Strafe deswegen nicht angesehen werden kann, weil aus dem gerichtlichen Urteile dem Staate nur das Recht, nicht auch die Pflicht der Vollstreckung dieser Maßregel resultiert, und weil die Frage, ob vom Rechte Gebrauch gemacht werden soll, noch von der weiteren Prüfung einer Verwaltungsbehörde abhängt.“ (Dies gilt nach der Stellung dieses Ausspruchs bei Finger auch für die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde und für die Ausweisung.) Dem ist zu entgegnen, daß Beling jene Voraussetzungen gar nicht zu beweisen braucht, weil sie sich aus dem Begriffe der Strafe nach geltendem Recht von selbst ergeben. — Uebrigens geht Finger von der unbewiesenen Voraussetzung aus, daß die Polizei-Aufsicht inhaltlich ein Leid ist. Daß diese Voraussetzung unrichtig ist, wird gleich zu zeigen sein.

widmen, wie sich dieselbe in seinem Vorleben, dann natürlich auch in seinem Verbrechen, endlich aber von allem in seinem Verhalten während des Strafvollzugs gezeigt hat. Besonders dies letztere ist charakteristisch und bildet ein Haupt-Argument gegen den Strafcharakter. Zur Strafe für ein Verbrechen tritt eine Freiheits-Entziehung ein, die sich als Repression eben nach diesem Verbrechen richtet; zugleich ist dasselbe aber Anlaß zur Ergreifung einer polizeilichen Maßregel, die sich nicht nach dem Verbrechen, sondern geradezu nach dem Verhalten des Täters nach dem Strafurteil richtet. Ich denke, hier tritt der Unterschied zwischen innerer Ursache und äußerem Anlaß deutlich zu Tage![1]) — Soll so schon der Richter die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht nur dann aussprechen, wenn Gründe der Spezialprävention dafür eintreten, so ist vollends für die Polizei-Behörde eine Berücksichtigung andrer Gesichtspunkte geradezu ausgeschlossen. Lediglich danach, ob die Persönlichkeit des Delinquenten es befürchten läßt, daß er bald nach seiner Entlassung der Rechtsordnung wieder gefährlich werden könnte, soll sie ihre Entscheidung treffen; um sich darüber tunlichsten Aufschluß zu verschaffen, ist sie verpflichtet, vorher die Gefängnisverwaltung zu hören. Diese hat am besten Zeit und Gelegenheit gehabt, sich über den ganzen Charakter des Sträflings ein Urteil zu bilden; handelt es sich ja durchwegs um längere Freiheitsstrafen. Hat sich der Verurteilte gut geführt, winkt ihm ein sicheres Unterkommen in der Freiheit, so wird die Polizei von der Stellung unter Aufsicht Abstand nehmen.[2]) — Jede Schikane soll der Polizei-Behörde fern liegen; darum eben wurde die nähere Bestimmung der zu treffenden

[1]) Damit ist natürlich auch das in der Polizei-Aufsicht etwa liegende Uebel zu einem rein zufälligen geworden. Ja, es ist hier nicht nur nicht gewollt, sondern läuft sogar den Zwecken der Polizei-Aufsicht zuwider. Denn es ist gewiß, daß die Beaufsichtigung umsomehr Erfolg verspricht, je weniger sie von dem Kontrollierten als Uebel empfunden wird; wird sie dagegen als solches empfunden, so ist sie nur geeignet, durch die hervorgerufene Erbitterung etc. die Erreichung der Spezialprävention zu vereiteln. — Dies Alles steht sogar noch in einem gewissen Gegensatz zur Maßregel des Arbeitshauses, wo man sagen kann, daß zur Erziehung des Eingewiesenen eine gewisse Leid-Zufügung unentbehrlich ist; hier ist also eine Uebels-Zufügung durch die Zwecke der Maßregel bedingt, wenn sie sich auch nicht nach dem begangenen Delikt richtet. Anders bei der Polizei-Aufsicht.

[2]) Vgl. die bei Fuhr, Strafrechtspflege S. 208 zitierte preußische Instruktion.

Maßregeln nicht den niederen Polizei-Organen, sondern ausdrücklich der höheren Landespolizei-Behörde überwiesen.[1] [2])

Die Stellung unter Polizei-Aufsicht gewinnt ihren Inhalt nur durch ihre konkreten Wirkungen. Diese erst machen das Wesen der Polizei-Aufsicht aus. Dieselben daher in Kürze zu betrachten, muß jetzt unsere Aufgabe sein. — Nur nach Rücksichten der Spezial-Prävention wird die Behörde unter diesen ihre Auswahl treffen. Umfang wie Dauer werden sich nicht nach der Tat, sondern nach dem Täter richten. Aus Zweckmäßigkeitsgründen kann ferner die Verwaltungs-Behörde stets von einer getroffenen Maßnahme wieder ganz Abstand nehmen oder eine der anderen zulässigen an deren Stelle setzen.[3]) All' dies verträgt sich nicht mit dem Strafbegriff.

Als erste Wirkung nennt § 39, daß dem Verurteilten der Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten von der höheren Landespolizeibehörde untersagt werden kann. Was kann der Gesetzgeber bei Aufnahme dieser Freiheitsbeschränkung[4]) bezweckt haben, was allein wird die Polizeibehörde veranlassen, von ihr Gebrauch zu machen, kurz, welche Gesichtspunkte bestimmen das Wesen dieser Maßregel? Zweifellos nur solche der Spezialprävention. Es fehlt der Ortsuntersagung jede strafrechtliche innere Beziehung auf das verübte Verbrechen. Auch der Uebelscharakter ist ein rein zufälliger, obwohl er meist vorliegen wird.[5]) Der alleinige Zweck der Orts-

[1]) S. Fuhr, Strafrechtspflege S. 209.

[2]) Dem Geiste des Instituts gemäß sollte nicht nur jede unnötige Behinderung des Fortkommens des entlassenen Sträflings vermieden, sondern dieses sogar von der Behörde nach Möglichkeit gefördert werden, um eben nicht nur weitere Delikte mit äußerem Zwange zu verhindern, sondern auch durch positive Unterstützung den des Lebens in der Freiheit mit all' seinen Kämpfen entwöhnten Menschen diesem Leben wieder zuführen zu helfen. Gerade darin läge wohl die beste Verbrechensprophylaxe.

[3]) S. Fuhr, Strafrechtspflege S. 201, 213.

[4]) Um eine Freiheitsbeschränkung handelt es sich sicher, da die Ortsuntersagung einen Eingriff in das durch das Gesetz vom 1. November 1867 gewährleistete Recht der Freizügigkeit bildet.

[5]) Immerhin ist es denkbar, daß dem Delinquenten gerade am Aufenthalt an dem Orte, der ihm verboten wird, sehr wenig liegt. Dem gegenüber läßt sich nicht sagen, daß ja auch eine Freiheitsstrafe eventuell als willkommene Versorgung für den Winter erscheinen kann. Denn die Freiheitsstrafe ist als Uebel gewollt und als solches eingerichtet, wirkt sie ausnahmsweise nicht als solches, so wird sie darum ihre Zwecke großenteils verfehlen. Die Wirkung der Ortsuntersagung

untersagung läßt sich vielmehr dahin fassen, einen bestimmten Ort vor dem Verbrecher und diesen vor der Versuchung, die ihm ein Ort bietet, zu schützen. Also um rein individuelle Verbrechens-Prophylaxe handelt es sich.[1]) Der Verbrecher soll von den Orten ferngehalten werden, welche die Gefahr besonders nahe rücken, daß er wieder delinquieren werde. So wird es vielleicht nötig sein, einem geriebenen Gauner und Verbrecher wider das Eigentum, etwa einem Bankeinbrecher, den Aufenthalt in einer Großstadt zu untersagen. Zu berücksichtigen ist auch das Moment, daß für einen Verbrecher mitunter nur an bestimmtem Orte alle jene Voraussetzungen gegeben sind, die ihn zur Tat veranlaßten, ihm die Ausführung ermöglichten. Ebensowenig sind alle jene psychologischen Imponderabilien außer Acht zu lassen, die sich für ein Individuum eventuell nur an einen bestimmten Ort knüpfen.[2]) — Diesem allgemeinen Zwecke der Spezialprävention entsprechend ist auch, wenn § 39 Ziff. 1 von „einzelnen bestimmten Orten“ spricht, dieser letztere Ausdruck nicht allein im Sinne von Ortschaft zu verstehen, sondern auch von Lokalitäten, Gebäuden, Plätzen etc. überhaupt.[3]) Es wird z. B. häufig genügen, einem Verbrecher, zumal in der Großstadt, das Betreten einzelner besonders belebter Verkehrszentren, Stadtteile etc. zu verbieten; dem nach § 243 Ziff. 4 bestraften Bahnhofdiebe nur das Betreten des Bahnhofs seines Aufenthaltsorts zu untersagen. „Genügt es denn z. B. auch nicht, einem rückfälligen Taschendieb den Aufenthalt an solchen Orten zu verbieten, wo viele Menschen sich zusammendrängen, oder einem gewerbsmäßigen Wilddieb das Betreten des Waldes zu

dagegen ist ganz unabhängig davon, ob sie im einzelnen Fall als Uebel empfunden wird oder nicht. Die Uebelszufügung endlich allein für sich gedacht, ohne daß durch sie die gleich zu besprechenden Einzelzwecke erreicht werden, an die sie nur zufällig geknüpft ist, läßt nichts übrig als eine verwerfliche Schikane. Daß dieser Fall in praxi leider oft vorkommt, ist tief zu bedauern.

[1]) Vgl. über den Zweck der Ortsuntersagung die treffenden Worte aus Chauveau et Faustin Hélie, Théorie du code pénal (S. 106), die Fuhr, die Polizeiaufsicht S. 72/73, zitiert.

[2]) Oft wird ja die Ortsuntersagung von der Polizeibehörde, ich möchte sagen, nur aus einer Art Lokalpatriotismus verfügt, d. h. nur, um den Verbrecher gerade von ihrem Bezirke fern zu halten. Daß dadurch allerdings ein Schutz des betr. Bezirks vor der gefährlichen Person herbeigeführt wird, ist ebenso sicher, wie daß dies eine eines geordneten Gemeinwesens unwürdige, den Namen Spezial-Prävention nicht verdienende Art des Vorgehens ist.

[3]) S. Fuhr, Polizeiaufsicht S. 67/68. So auch die herrschende Meinung.

untersagen? Welchen Zweck würde überhaupt im letzteren Falle eine Untersagung des Aufenthalts in einer bestimmten Ortschaft haben?“ (*Fuhr,* die Polizeiaufsicht S. 68.) Solche Beispiele ließen sich leicht vermehren. Wenn also vom Standpunkt der Spezialprävention eine solche partielle Ortsuntersagung genügt, wäre es unverständlich, eine weitergehende zu verfügen, dies läge außerhalb des Zwecks der ganzen Maßregel, ja liefe diesem sogar häufig zuwider; es wäre bloße Schikane. — Aus dem gleichen Gesichtspunkt wird eine zeitlich beschränkte Ortsuntersagung in vielen Fällen genügen und daher zulässig sein, z. B. mit alleiniger Ausdehnung auf die Nacht oder auf die Zeit einer etwa durch ein Fest verursachten großen Menschenansammlung.[1])

Eine weitere Wirkung der verhängten Polizei-Aufsicht ist, daß nach § 39 Z. 3 Haussuchungen keiner Beschränkung hinsichtlich der Zeit, zu der sie stattfinden dürfen, unterliegen. Es ist dies eine Beschränkung des zu den sogen. staatsbürgerlichen Grundrechten zählenden Hausrechts,[2]) also mittelbar eine Beschränkung der Freiheit. Nur hinsichtlich der Zeit, zu der Haussuchungen stattfinden dürfen, enthält § 39 eine Erweiterung gegenüber den der Polizei sonst in dieser Richtung zustehenden Befugnissen. Diese sind allgemein in der St.P.O. §§ 102 bis 111 geregelt, von welchen dann §§ 103, 104, 105, 106 weitere privilegia odiosa für den der Polizei-Aufsicht Unterstellten enthalten. Eine Reihe von Beschränkungen, welche die genannten Paragraphen im publizistischen Interesse der Haussuchung setzen, fallen gegenüber Leuten, die unter Polizei-Aufsicht stehen, weg; es sind dies die in den §§ 103 Abs. I, 104 Abs. I, 105 Abs. I und II sowie 106 enthaltenen Garantien. Damit ist den staatlichen Organen die denkbar größte Freiheit in der Ausführung von Haussuchungen gewährt, sind die zur Abhaltung von Willkür bei obrigkeitlichen Eingriffen in das Hausrecht im Interesse des Einzelnen aufgestellten rechtlichen Garantien auf ein Minimum reduziert. „Es können also“ sagt *Fuhr* (Polizeiaufsicht S. 75) „bei unter Polizei-Aufsicht Stehenden zu jeder Zeit — bei Tag und Nacht — durch

[1]) Fuhr, Polizeiaufsicht S. 69.

[2]) „Hausrecht ist das rechtlich geschützte Interesse an ungestörter Betätigung des eigenen Willens in der eigenen Wohnung und dem umfriedeten Besitze, an dem freien Schalten und Walten in Haus und Hof; ein der persönlichen Freiheit verwandtes, aber doch eigenartiges Rechtsgut.“ v. Liszt, Lehrbuch § 119, I.

die Polizei- und Sicherheitsbeamten — auch die, welche nicht Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft sind — ohne alle besondere Veranlassung, ohne Vorhandensein irgend welcher spezieller, auf Tatsachen gestützter Verdachtsgründe, selbst ohne die bloße Vermutung, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln und dergl. führen könnte, Haussuchungen vorgenommen werden. Es genügt zu ihrer Rechtfertigung die einfache Tatsache der Polizei-Aufsicht.“ [1])

Es leuchtet ein, daß es ein Hauptbehelf, ja sogar wohl eine conditio sine qua non einer wirksamen Beaufsichtigung durch die Polizei ist, daß diese die Wohnung des Delinquenten jederzeit und ohne an besondere einzuhaltende Voraussetzungen gebunden zu sein, betreten und durchsuchen kann; daß also die Freiheit der Haussuchung nur eine fast notwendige Konsequenz des Begriffs polizeilicher Aufsicht ist. Ferner ist nicht zu übersehen, welch' starkes prävenierendes Moment für den Betreffenden in dem Gedanken liegen wird, einer so weitgehende Mittel jederzeit gestattenden Aufsicht zu unterstehen. Manches trotzdem beabsichtigte Verbrechen kann endlich durch rechtzeitiges Eintreten einer Haussuchung wohl verhindert werden, etwa durch Entdeckung der getroffenen Vorbereitungen. — Daneben liegt eine weitere Hauptbedeutung der Haussuchung in der Möglichkeit frühzeitiger Entdeckung geschehener Delikte, an denen der Beaufsichtigte in irgend einer Weise beteiligt ist. Auch diese Verbrechens-Entdeckung fällt ja unter die Aufgaben der Polizei als Hilfsorgan staatlicher Verbrechensbekämpfung. Und da ist es gewiß zweckmäßig, wenn im Anschluß an ein gerichtliches Strafurteil die Polizei die Möglichkeit erhält, gegen den Delinquenten, bei dem dringende Gefahr wiederholter Rechtsgüterverletzung besteht, nicht nur prävenierend zu wirken, sondern auch, wenn trotzdem wieder ein Verbrechen von ihm begangen ist, sofort im Dienste der Repression vorzugehen.[2])

Als dritte Wirkung der Polizei-Aufsicht normiert § 39 Ziff. 2 die Befugnis der höheren Landespolizeibehörde, den Ausländer aus

[1]) Es wäre unverantwortlich, würde die Polizeibehörde diese äußerst weit gehenden Befugnisse zu bloßen Schikanen mißbrauchen. Die Möglichkeit derselben läßt sich nicht leugnen.

[2]) Verwandt mit der Erweiterung der Zulässigkeit von Haussuchungen ist die nach § 113 St.P.O. bei Polizei-Aufsicht vorgesehene Erweiterung der Fälle, in denen die Untersuchungshaft eintreten darf.

dem Bundesgebiete zu verweisen.[1]) Doch kann auch der Ausländer mit den Wirkungen von § 39 Ziff. 1 und 3 unter Aufsicht gestellt werden. Macht aber die Polizei statt dessen von ihrer Ausweisungs-Befugnis Gebrauch, so tut sie dies, um den trotz der Strafverbüßung immer noch gefährlichen Menschen auf längere Zeit für das Inland unschädlich zu machen. Daß die Wirkung der Polizei-Aufsicht nur fünf Jahre in maximo dauern kann,[2]) mag ja gerade bei der Ausweisung als besonders gegen die ratio derselben verstoßend empfunden werden; tatsächlich ist es auch höchst bedenklich, einen Ausländer, nachdem man sich fünf Jahre lang der Gelegenheit, ihn zu beobachten, völlig begeben, ohne Rücksicht, ob er gebessert ist oder nicht, wieder ins Inland aufnehmen zu müssen. Doch gelten ähnliche Bedenken, wenn auch nicht in so starkem Maße, gegen das Aufhören der Möglichkeit von Haussuchungen sowie insbesondere der Ortsuntersagung. Jedenfalls geht es angesichts der klaren Stellung der Ausweisung als den übrigen koordinierte Wirkung der auf die Maximaldauer von 5 Jahren beschränkten Polizei-Aufsicht nicht an, für dieselbe aus dem bloßen Gedanken der Zweckmäßigkeit heraus gesonderte Bestimmungen zu treffen, welche für die übrigen Wirkungen der Polizei-Aufsicht nicht gelten sollen und welche im Widerspruche mit dem Gesetze stehen.

Weitere reichsgesetzliche Folgen der Polizei-Aufsicht enthält außer dem schon genannten § 113 der St.P.O., § 5 des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874[3]) und § 57 der Gewerbe-Ordnung. Davon kann ich nur die letztere Bestimmung unter den Gesichtspunkt der Verbrechens-Prophylaxe bringen. Nach ihr ist dem unter Polizei-Aufsicht

[1]) Im 1. Entwuf des St.G.B. erschien die Ausweisung nicht als eine Wirkung der Polizei-Aufsicht, sondern als selbständige, bei Ausländern an Stelle der Polzei-Aufsicht eintretende Nebenstrafe, auf die im Urteil erkannt werden sollte (§ 35 des 1. Entwurfs).

[2]) Als bloße Wirkung der Polizei-Aufsicht untersteht auch die Ausweisung den allgemeinen für jene geltenden Bestimmungen des § 38, kann also insbesondere — im Gegensatz zu der Ausweisung nach § 362 — nur auf die dort angegebene Dauer, d. i. 5 Jahre, erfolgen. So auch die gemeine Meinung. A. A. der Erlaß des Reichskanzler-Amtes vom 8. Oktober 1873. Vgl. Fuhr, die Polizei-Aufsicht S. 78 ff.

[3]) Die Fassung des § 5 Preßgesetz wurde durch Gesetz vom 1. Juli 1883 geändert, und zwar entsprechend der Fassung der R.Gew.O. nach der Bekanntmachung vom 26. Juli 1900.

Stehenden der Wandergewerbeschein zu versagen. Es ist klar, daß das unstete Umherziehen von Ort zu Ort die Kontrolle des betreffenden Individuums stark erschweren und andrerseits für dieses wohl manche Versuchung zu erneuter Deliktsbegehung mit sich bringen würde.

Ich habe mich im Vorhergehenden bemüht, zu zeigen, daß die Polizei-Aufsicht, so wie sie das R.St.G.B. geregelt hat, nicht Strafe ist, weil sie trotz des Hereinspielens verschiedener, besonders an das französische Recht sich anschließender strafrechtlicher Elemente nicht in den Rahmen des durch die Vergeltungsidee bestimmten Strafensystems unseres Gesetzbuchs paßt, vielmehr nur aus dem Gesichtspunkt der Spezialprävention zu verstehen ist. Dieser war für den Gesetzgeber bei der Regelung der ganzen Materie, insbesondere bei der Uebertragung der Verhängung der Polizei-Aufsicht an eine Verwaltungsbehörde, maßgebend, dieser ist entscheidend für den Richter, der die Zulässigkeit ausspricht, für die Polizei-Behörde, die von der Zulässigkeit Gebrauch macht. Daß dagegen die der Polizei zur Verfügung gestellten Maßregeln — mit Ausnahme der Ausweisung von Ausländern — dem Spezialpräventions-Zwecke tatsächlich zu dienen wenig geeignet sind, gebe ich vollkommen zu.[1]) Dessenungeachtet war ich auch da bestrebt, alle jene Momente zusammenzustellen, welche diese einzelnen Maßregeln im Lichte der Spezial-Prävention zeigen können, nur um darzutun, daß diese Momente allein jenen Maßnahmen einen Sinn verleihen, sie rechtfertigen können. Wenn die erwähnten Gesichtspunkte diese Maßnahmen also nicht rechtfertigen — und sie tun dies tatsächlich nicht — so geht daraus nur hervor, daß die ganze Regelung der Polizei-Aufsicht in unserem Gesetzbuch eine verfehlte ist. Niemals darf aber der Schluß gezogen werden, daß die Polizeiaufsicht des R.St.G.B., weil sie tatsächlich nicht genügend den Zweck der Spezialprävention erfüllt, nun als Strafe erscheinen müsse. Denn durch das Verfehlen ihres Zweckes erhält sie noch nicht die Begriffsmerkmale einer Strafe. Sie ist und bleibt vielmehr eine, praktisch leider mißglückte, polizeiliche Maßregel. Indem man die Polizei-Aufsicht als Strafe bezeichnet, wird leicht die allgemeine Aufmerksamkeit von diesem Mißlingen, das

[1]) Vgl. die Kritik bei Fuhr, Strafrechtspflege S. 258 ff., bes. S. 265—267. Auch Goldschmidt a. a. O. S. 435 ff.

eben auch nur unter dem Gesichtspunkt einer sichernden Maßnahme am Tage liegt, abgelenkt; und doch kann nur der deutliche Hinweis darauf Besserung schaffen.

4) Die Verweisung aus dem Bundesgebiete.

Von den Freiheitsbeschränkungen des R.St.G.B. kommt außer den schon besprochenen für die Frage, ob Strafe, ob sichernde Maßnahme nur noch die Verweisung von Ausländern aus dem Bundesgebiete in Betracht. Auch davon haben wir schon zwei Fälle kennen gelernt, nämlich die Ausweisung als Folge der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde und als Wirkung der Polizei-Aufsicht. Uns hiebei nochmals aufzuhalten, besteht keine Veranlassung. Wir haben gesehen, daß es sich in beiden Fällen um polizeiliche Maßregeln und nicht um Strafen handelt. Dagegen müssen wir noch kurz die Ausweisung betrachten, welche das St.G.B. in § 284 regelt;[1]) hiernach ist die Landespolizeibehörde befugt, den wegen gewerbsmäßigen Glücksspieles zu Strafe verurteilten Ausländer aus dem Bundesgebiet zu verweisen. Auch hier halte ich die Ausweisung nach ihrer formellen Regelung wie nach ihrem Zwecke für eine polizeiliche Sicherungsmaßregel. Im Gegensatz zu §§ 39 und 362 hat hier die Polizeibehörde durch Gesetz bei jeder Verurteilung eines Ausländers nach § 284 die Befugnis der Ausweisung, ohne daß der Richter der Behörde durch Ueberweisung oder sonstwie diese Befugnis im Urteil einzuräumen hätte. Der Richter wirkt also zur Herbeiführung der Ausweisung gar nicht direkt mit. Allein die Tatsache des Ergehens seines Strafurteils bildet den gesetzlichen Titel für Eintritt der polizeilichen Befugnis. Vom materiellen Inhalt des verurteilenden Erkenntnisses ist diese nicht abhängig. Formell zeigt also die Ausweisung hier einen noch reineren polizeilichen Charakter als in den Fällen der §§ 39 und 362. — Was ferner den Zweck der Maßregel betrifft, so ist dieser auch hier nicht eine der Rechtsgüterverletzung adäquate, auf Generalprävention abzielende Uebelszufügung, sondern lediglich Spezialprävention, Beseitigung des Ausländers, der durch das gewerbsmäßig betriebene Glücksspiel gezeigt hat, daß er nicht gewillt ist, sich als nützliches Glied unserer

[1]) Die Ausweisung existiert ferner als Ausweisung aus einem einzelnen Bundesstaat nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 1. Oktober 1867, sowie nach Völkerrecht als Maßregel der Fremdenpolizei.

Wirtschaftsordnung einzureihen, sondern nur beabsichtigt, dieselbe als unnützer Schmarotzer zu schädigen. —

Hiermit sind wir mit der Betrachtung derjenigen Maßregeln unseres Gesetzbuchs zu Ende, welche die Spezialprävention durch Freiheitsbeschränkungen zu verwirklichen suchen. Zugleich haben wir damit überhaupt sämtliche sich gegen die persönliche Freiheit richtenden Delikts-Nebenfolgen des St.G.B. erschöpft. Die drei zuletzt behandelten werden meist als die „Nebenstrafen an der Freiheit" aufgefaßt. Auch in ihnen haben wir polizeiliche Maßregeln erkannt. Wir kommen somit zum Resultate, daß es nach dem R.St.G.B. Nebenstrafen an der Freiheit überhaupt nicht gibt.[1])

II. Die Massregeln der Einziehung und Unbrauchbarmachung.

Allgemeines.

Nunmehr müssen wir Stellung nehmen zur rechtlichen Natur zweier der umstrittensten Maßregeln des R.St.G.B., nämlich der Einziehung und Unbrauchbarmachung. Ueber keine der bisher erörterten Maßnahmen herrscht solcher Streit wie über sie. Schon ein Blick auf die äußerst zahlreiche Literatur lehrt dies. Keine Maßregel bietet auch der Erforschung ihres Wesens solche Schwierigkeiten wie gerade diese. Denn wir haben es hier nicht etwa mit einer vom St.G B. klar und einheitlich geregelten Materie zu tun, sondern mit einem Institut, oder richtiger, mit Instituten, welche sich sowohl an verschiedenen Stellen des R.St.G.B. als auch in äußerst zahlreichen Nebengesetzen finden, und zwar mit mannigfachen Variationen. Dazu kommt, daß sich in diesen Einrichtungen, wie schon ein flüchtiger Ueberblick zeigt, die verschiedensten legislatorischen Gesichtspunkte, strafrechtliche, polizeiliche und auch zivilistische, wie in einem Brennpunkte durchkreuzen. Endlich hat, wenn irgendwo, so hier der Gesetzgeber selbst der Klarstellung jener verschiedenen Gedanken durch teilweises Zusammenlegen von ganz Verschiedenartigem u. s. w. große Hindernisse in den Weg gelegt.[2])

[1]) cf. Binding, Grundriß S. 264.

[2]) Dafür, daß sich der Gesetzgeber selbst über die Natur unserer Maßnahmen wenig im Klaren war, liefern die Motive einen deutlichen Beweis. So sagen die Motive zu dem dem Reichstag vorgelegten Entwurf eines St.G.B. zu § 38 (cf. Aktenstücke des Reichtags 1870 S. 52): „Die Einziehung ist nicht als Vermögensstrafe aufgefaßt, vielmehr als Nebenstrafe, welche zur Sicherung des Strafzweckes

Um die Grenzen unserer Darstellung nicht weit zu überschreiten, müssen wir uns im Folgenden darauf beschränken, die Einziehung und Unbrauchbarmachung zu betrachten, wie sie sich im R.St.G.B. selbst geregelt finden, und zwar vor allem in den §§ 40—42, daneben jedoch in einer Anzahl weiterer Stellen, nämlich den §§ 152, 295, 296a, 335, 360, 367, 369. Verwandte Maßregeln in Nebengesetzen müssen wir bei unserer prinzipiellen Betrachtung ausschließen.

Die Geschichte kann uns bei der völlig in sich ruhenden Art der Regelung der Einziehung und Unbrauchbarmachung in unserem Strafrechte wenig Anhaltspunkte für unsere Frage bieten. Es sei nur erwähnt, daß es sowohl an Beispielen rein polizeilicher, wie auch strafrechtlicher Einziehung im früheren Rechte nicht fehlt. Letztere zeigt sich schon im römischen, wie auch im früheren deutschen Recht besonders deutlich bei der Falschmünzerei.[1] [2])

Die Maßnahmen der Einziehung und Unbrauchbarmachung können in den Dienst der verschiedensten rechtlichen Zwecke gestellt werden. Danach müssen wir in thesi eine polizeiliche, pönale und zivilrechtliche[3]) Einziehung und Unbrauchbarmachung unterscheiden

dienen und insbesondere zur Verhütung fernerer strafbarer Handlungen mitwirken soll.“ Der logische Fehler dieser Deduktion liegt auf der Hand: er besteht in der gegensätzlichen Gegenüberstellung von Nebenstrafe und Vermögensstrafe; denn ist die Einziehung Nebenstrafe, so kann sie doch nur als Nebenstrafe am Vermögen, also als Vermögensstrafe betrachtet werden; eines bedingt das andere. Und doch steckt insofern etwas Richtiges in dieser Stelle, als sie unter Betonung der präventiven Momente die Einziehung eben in Gegensatz zu den gewöhnlichen Vermögensstrafen stellt (cf. Olshausen Anm. 2 zu § 40). Damit stimmt es überein, wenn die Motive zu § 39 von dem Grundsatze sprechen, „daß die Einziehung keine Vermögensstrafe, vielmehr in der Hauptsache eine Präventivmaßregel sein soll.“

[1]) Vgl. z. B. C. C. C. Art. CXI: Verwirkung des Hauses, wenn dasselbe wissentlich vom Eigentümer zu Zwecken der Falschmünzerei hergeliehen wurde.

[2]) Einen besonderen Fall strafrechtlicher Einziehung bildete die sogen. Vermögenskonfiskation, welche, schon im röm. Recht sehr vielfach verwendet, neuerdings außer Gebrauch gekommen ist, weil man ihre Ungeeignetheit als Strafmittel (vor allem wegen des Mangels der Personalität des Uebels) erkannt hat. — Durch das Vortreten präventiver Zwecke unterscheidet sich die Einziehung einzelner Gegenstände grundsätzlich von derselben.

[3]) Die beiden ersteren Arten werden uns noch des Näheren beschäftigen. Fälle zivilrechtlicher Einziehung enthalten nach geltendem Recht z. B.: §§ 21 ff. Ges. über d. Urheberrecht an Schriftwerken vom 11. Juni 1870 (vergl. jetzt Ges.

Begreiflicher Weise findet sich in praxi eine ganze Anzahl von Fällen, in denen nicht ausschließlich einer dieser drei Gesichtspunkte herrscht. — Dabei kennzeichnet sich die Einziehung ihrer äußeren rechtlichen Gestalt nach im allgemeinen als eine durch den Staat erfolgende Eigentums-Entziehung an einer Sache; die Unbrauchbarmachung als eine durch den Staat vorgenommene, die Rechtsverhältnisse an der Sache an sich intakt lassende Substanzveränderung, welche der Sache ihre Tauglichkeit zu einem bestimmten, vom Staate mißbilligten Zwecke oder eine an sich mißbilligte Beschaffenheit nehmen soll.

Schon die angedeutete Kompliziertheit der Materie im R.St.G.B. und andrerseits die Anpassungsfähigkeit unserer Maßregeln an die verschiedensten rechtlichen Zwecke sollte vor dem Fehler bewahren, von vornherein in all' den erwähnten Bestimmungen des St.G.B. die Normierung nur eines einheitlichen Gedankens, eines Rechtsinstituts anzunehmen, sei es nun, daß man die Einziehung und Unbrauchbarmachung in allen Fällen als Strafe, oder daß man sie immer als sichernde Maßregel betrachtet haben will.[1]) Und doch hat sich ein Teil der Literatur von diesem Fehler nicht frei zu halten vermocht. Dieses unbedingte „unter einen Hut bringen" disparter Bestimmungen führt notwendig dazu, manchen Gesetzesstellen direkt Zwang anzutun, in sie hineinzulegen, was nicht darin steckt; Beispiele hiefür werden wir noch kennen lernen.

Ein Ueberblick über die Bestimmungen des R.St.G.B., welche für unsere Erörterung in Betracht kommen, mag uns in diese ein-

vom 19. Juni 1901 betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst § 42 ff.); § 16 Ges. betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste vom 9. Januar 1876 (jetzt Ges. vom 9. Januar 1907 §§ 37–39 42–45); § 14 Ges. betr. das Urbeberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Jan. 1876; § 17 Ges. zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894. Diese Maßregeln sind gewiß keine Strafen. Sie stehen auf der Grenze zwischen rein zivilrechtlichen und polizeilichen Maßregeln. Sie finden zur Sicherung statt, aber nur zu der des einzelnen Berechtigten; diesem steht ein ziviler Sicherungsanspruch zu.

[1]) Letzteres ist der Standpunkt von Nissen, die Einziehung (1887); Köbner, die Maßregel der Einziehung (1892); auch v. Liszt, Lehrb. § 58 II; Goldschmidt a. a. O. S. 282 (bes. Anm 5), 286 (im Gegensatz zu Nissen und Köbner sieht aber G. in der Unbrauchbarmachung eine von der Einziehung völlig unabhängige Maßregel); ersteres der von Glücksmann, die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidungen . . . (1898); auch Kohler, Patentrecht S. 575 ff.

führen. Mit Rücksicht auf die zu beantwortende Frage teilen sich die Fälle der Einziehung in drei Gruppen:

1) Einziehung nur der Gegenstände, welche dem Täter eines Delikts oder einem Teilnehmer gehören; § 40. Verwandt hiemit die Verfallerklärung nach § 335.
2) Einziehung, ohne Rücksicht darauf, wem die Gegenstände gehören: §§ 152, 295, 296a, 360, 367, 369.

In beiden Arten wird die Einziehung durch den Strafrichter in dem gegen eine bestimmte Person gerichteten Strafverfahren neben der Strafe ausgesprochen.

3) Einziehung im sog. objektiven Verfahren, d. h. wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist, bzw. nicht stattfindet, gemäß § 42 — hier gebunden an die Voraussetzungen des § 40 — und § 152.

Dazu kommt die Unbrauchbarmachung nach § 41 (im Strafverfahren) und § 42 (im objektiven Verfahren, doch sonst unter den Voraussetzungen des § 41).

Durch diese Gruppierung ist schon angedeutet, daß für unser Problem von allem die beiden folgenden, sich kreuzenden Gesichtspunkte in Betracht kommen: a) Gegen wen richtet sich die betreffende Maßregel materiell? Will sie nur den Delinquenten als Uebel treffen, oder hat sie es auf den Gegenstand als solchen abgesehen? b) In welcher Art Verfahren wird sie formell ausgesprochen?

Woran die Versuche, alle jene erwähnten Einrichtungen einem Rechtsgedanken unterzuordnen, scheitern müssen, kann erst die einzelne Darstellung zeigen. Hier sei nur kurz angedeutet, daß eine rein strafrechtliche Auffassung meines Erachtens unvereinbar ist mit zweierlei Fällen: einmal mit jenen, wo Einziehung und Unbrauchbarmachung gar nicht in einem gegen einen bestimmten Schuldigen gerichteten Strafverfahren, sondern vielmehr im sog. objektiven Verfahren verhängt werden; sodann mit den Fällen, wo zwar die Maßregeln im regelmäßigen Strafprozesse erkannt werden, jedoch ohne Unterschied, ob der Gegenstand dem Verurteilten gehört oder nicht. — Dagegen ist allerdings in all' diesen Fällen eine stark präventive Tendenz nicht zu leugnen; am deutlichsten tritt sie hervor, soweit es sich um sog. instrumenta sceleris handelt. Abgesehen jedoch davon, daß keineswegs die einzuziehenden oder unbrauchbar zu machenden Gegenstände immer für die Zukunft gefährlich sind, scheint mir die

alleinige Berücksichtigung dieses Moments für die Charakteristik mit der positivrechtlichen Gestaltung des § 40 nicht vereinbar zu sein.[1]) Bei diesem letzteren wollen wir zunächst verweilen, und von ihm aus den Schlüssel für das Folgende zu gewinnen suchen.[2])

Zuerst aber noch eine prinzipielle Bemerkung! Wenn wir im Folgenden von der Einziehung oder Unbrauchbarmachung als von polizeilichen Maßregeln sprechen, so müssen wir diesen letzteren Begriff hier zum Teil etwas weiter fassen, als wir es im I. Teile allgemein und auch speziell in unserer bisherigen Betrachtung polizeilicher Maßnahmen des R.St.G.B. getan haben. Dies liegt in der Natur der Sache begründet. Bisher haben wir die polizeilichen Maßnahmen im wesentlichen nur als gegen die Person des Täters eines Delikts wegen der Gefährlichkeit dieser Person gerichtete Maßregeln, mit dem Zwecke, Delikte dieses Individuums in Zukunft zu verhüten, kennen gelernt; der Typus solcher Maßregeln sind die in Freiheitsentziehungen bestehenden. Dies ist es, was man als Spezialprävention im engeren Sinne bezeichnet. Anders dagegen hier. Einziehung und Unbrauchbarmachung richten sich nicht, wie eine Freiheitsentziehung,

[1]) Damit ist von vorn herein jenes Argument Nissens (S. 87 ff.) zurückgewiesen, daß die Einziehung deshalb nicht Strafe sei, weil sie stets von der Polizei ohne Rücksicht auf gerichtliche Erkenntnisse betätigt worden sei, und, wo nötig, noch betätigt werde; für eine Strafe aber gelte doch: „nulla poena sine lege." Was zunächst diesen formellen Einwand betrifft, so ergibt sich aus dem Umstand, daß das St.G.B. eine Maßregel als Strafe verwendet, doch noch nichts für den Charakter dieser gleichen Maßregel, soweit sie außerhalb des Strafrechts vorkommt. Diese letztere Anwendung braucht, da ja eine Maßregel je nach ihrem konkreten Zweck völlig verschiedenen Charakter haben kann, noch lange nicht auch als Strafe betrachtet zu werden. Also bleiben bei einer Betrachtung der Einziehung nach § 40 als Strafe die sonst vorkommenden Fälle der Einziehung von dem Satze „nulla poena sine lege" ganz unberührt. — Aus dem gleichen Grunde müssen wir aber sagen, daß jene Zulassung der Einziehung außerhalb des Strafrechts für die Beurteilung der strafrechtlichen Einziehung nicht ausschlaggebend sein kann. Selbst wenn § 40 in Anbetracht der Befugnisse der Polizei wirklich überflüssig sein sollte, bleibt für uns doch die Tatsache bestehen, daß der Gesetzgeber in § 40 eine ganz bestimmte Regelung der Einziehung getroffen hat, und an diese müssen wir uns zunächst halten. Sich mit dem Hinweis auf die allgemeinen polizeilichen Befugnisse einfach über die konkrete positive Satzung hinwegzusetzen, wäre die reinste Willkür.

[2]) Auf die zahlreichen Streitfragen, welche sich fast an jedes Wort der hier einschlägigen Gesetzesbestimmungen knüpfen, soll nur soweit eingegangen werden, als dies zur Lösung der uns interessierenden Frage nötig erscheint.

gegen ein bestimmtes Individuum als ihr unmittelbares Objekt, tun dies vielmehr höchstens mittelbar, indem ihr unmittelbares Objekt, die betreffende Sache, in Beziehung zu einer solchen bestimmten Person steht oder tritt. Natürlich gewinnt jeder einzuziehende oder unbrauchbar zu machende Gegenstand eine Bedeutung nur durch irgend eine eventuelle Beziehung zu Menschen. Diese kann aber der verschiedensten Art sein. Auf die einzelnen Möglichkeiten werden wir im Laufe unserer Darstellung zurückzukommen haben. Hier sei nur bemerkt, daß der Grund der Einziehung und Unbrauchbarmachung nicht unbedingt die Befürchtung sein muß, das Verbleiben des Gegenstandes in der Hand des Täters eines Delikts bedeute die Gefahr einer abermaligen Rechtsgüterverletzung durch diesen; dieser Fall ist ja mit den bisher besprochenen am nächsten verwandt. Vielmehr können es auch allerhand andre Gesichtspunkte sein, welche den Gesetzgeber zur Statuierung einer als polizeilich zu charakterisierenden Einziehung oder Unbrauchbarmachung veranlassen. In allen Fällen, wo das St.G.B. die betreffenden Maßregeln aufnimmt, ist irgend eine Beziehung des betreffenden Gegenstandes zu einem geschehenen Delikt Voraussetzung. Dies ist nur selbstverständlich. Nicht unbedingt nötig dagegen ist die Beziehung des Gegenstandes auf ein mögliches künftiges Delikt einer konkreten Person, ja nicht einmal auf ein künftiges Delikt überhaupt. Vielmehr kann es auch die Möglichkeit irgend eines anderen vom Rechte mißbilligten Gebrauchs der Sache sein, oder selbst nur irgend ein vom Rechte mißbilligter objektiver Zustand oder eine solche Beschaffenheit der Sache, die zur Anwendung einer der genannten Maßregeln veranlaßt. Auch wenn aus solchen Gründen die richterliche Einziehung oder Unbrauchbarmachung eintritt, handelt es sich um die Ausübung einer polizeilichen Funktion, um Sicherung, wenn auch nicht gerade in dem Sinne der Verhütung einer befürchteten Rechtsgüterverletzung.

1) Die Einziehung.

a) Die Einziehung der dem Täter oder einem Teilnehmer gehörigen Gegenstände nach § 40, sowie die Verfallerklärung nach § 335.

I. § 40 hat folgenden Wortlaut: „Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht, oder welche zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens

gebraucht oder bestimmt sind, können, sofern sie dem Täter oder einem Teilnehmer gehören, eingezogen werden. Die Einziehung ist im Urteile auszusprechen."

Die äußere Stellung dieses Paragraphen in dem „Strafen" betitelten Abschnitte des Gesetzbuchs spricht, ebenso wie bei §§ 41 und 42, für Strafcharakter der darin normierten Maßregel. Voraussetzung der Einziehung ist nach § 40 die Begehung einer strafbaren Handlung und ein deswegen zu Strafe verurteilendes[1]) Erkenntnis, d. h. die Einziehung erscheint hier als gerichtlich erkannte Folge einer strafbaren Handlung. Dies geht deutlich schon daraus hervor, daß das Gesetz nur die Einziehung von dem Täter oder einem Teilnehmer gehörigen Gegenständen zuläßt, und dies nur unter der weiteren Voraussetzung, daß dieselben durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht oder zur Begehung eines solchen gebraucht oder bestimmt sind.[2]) Diese beiden eben genannten Voraussetzungen werden wir auch gleich als ausschlaggebend für unsere Auffassung des Wesens der Einziehung nach § 40 kennen lernen. Denn die Beschränkung der Einziehung auf dem Täter und Teilnehmer gehörige Gegenstände und auf solche, die sich auf ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen beziehen, ist zweifellos ein strafrechtlicher Gesichtspunkt, der sich vom Standpunkt polizeilicher Prävention aus nicht rechtfertigen läßt. Ist für die Einziehung die Gefährlichkeit eines Gegenstandes als solche maßgebend, so müßte sie ohne Rücksicht darauf, wem die Sache gehört und ohne Rücksicht insbesondere auf die Vorsätzlichkeit des betreffenden Delikts stattfinden. In diesen zwei Richtungen besteht also jedenfalls eine Einschränkung der präventiven Tendenzen des Paragraphen zu Gunsten der strafrechtlichen. Immerhin wäre es aber möglich, daß trotzdem erstere die letzteren überwögen, so daß wir die Einziehung nach § 40 zu den sichernden Maßnahmen rechnen müßten. Um dies fest-

[1]) Ausnahme hiervon im Falle des § 233 St.G.B.

[2]) Schon der Ausdruck: „Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht, oder welche zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind," hat nur mit Rücksicht auf eine begangene strafbare Handlung Sinn, insbesondere aber zwingt das Folgende: „sofern sie dem Täter oder einem Teilnehmer gehören," ganz im allgemeinen zu dieser Auslegung des Paragraphen.

zustellen, ist vor allem eine Untersuchung jener präventiven Elemente nötig. Dies fällt zusammen mit der näheren Betrachtung der Gegenstände, welche nach § 40 einzuziehen sind. Sind nur solche Gegenstände der Einziehung unterworfen, welche wirklich für die Zukunft eine Rechtsgüterverletzung befürchten lassen,[1]) so kann dieser präventive Umstand jene strafrechtlichen Elemente vielleicht überwinden. In der Tat versucht vor allem *Köbner* zu zeigen, daß alle nach § 40 einzuziehenden Gegenstände eine Gefahr für die Zukunft enthalten, und zwar liege diese in der Möglichkeit ihrer Benützung durch den gegenwärtigen Eigentümer.[2]) — Man faßt die im § 40 bezeichneten Gegenstände kurz unter dem Namen der instrumenta et producta sceleris[3]) zusammen. Was zunächst die instrumenta, d. h. die Gegenstände, welche zur Begehung eines Delikts gebraucht oder bestimmt sind,[4]) betrifft, so begründen

[1]) Es ist hier nicht der Ort, mich über den Begriff der Gefährlichkeit, wie er hier in Betracht kommt, zu verbreiten. Es genügt uns die negative Feststellung, daß es eine sog. absolute Gefährlichkeit einer Sache nicht gibt (so Vorberg, Einziehung S. 8 im Gegensatz zu Stooß). Ein Gegenstand ist nie als solcher, unter allen Umständen, gefährlich, sondern nur in gewissen von uns gedachten Beziehungen zu anderen Gegenständen oder Personen, kurz, nur in gewissen Situationen. Je nachdem wir solche Situationen des Gegenstandes als wahrscheinlichere oder unwahrscheinlichere betrachten, sagen wir, daß der Gegenstand selbst mehr oder weniger gefährlich sei. Dies rechtfertigt es aber nicht, von absoluter und relativer Gefährlichkeit zu sprechen; wir haben es da lediglich mit quantitativen Unterschieden zu tun.

[2]) Der Gedankengang Köbners (Einziehung S. 9 ff.) ist etwa folgender: Bei den instrumenta sceleris habe die Einziehung gewiß nur präventiven Charakter; dagegen fehlte eine solche Beziehung auf die Zukunft bei der Einziehung der producta sceleris scheinbar; allerdings nur scheinbar. Denn auch das productum sceleris werde nur eingezogen, um dessen künftige Benutzung zu hindern. Denn jede solche Benützung bedeute einen weiteren Rechtsbruch; so werde z. B. durch die Benützung der durch ein Delikt hergestellten Falsifikate ein Betrug oder sonstiges Delikt begangen. Die producta sceleris würden also zu instrumenta künftiger Delikte. Aus dem deliktischen Ursprung wird die deliktische Zweckbestimmung präsumiert. Mithin erscheint das productum sceleris dem instrumentum sceleris nicht koordiniert, sondern es ist lediglich eine Unterart desselben.

[3]) Ueber die Begriffsbestimmung der instrumenta et producta sceleris cf. Vorberg a. a. O. S. 76 ff.

[4]) Eine strafbare Handlung (Vollendung oder Versuch) ist Voraussetzung der Einziehung. Zu deren Begehung müssen die instrumenta gebraucht oder bestimmt gewesen sein. Tatsächlich erfolgter Gebrauch ist also nicht nötig. Nicht eingezogen werden dürfen aber Gegenstände, welche zwar zur Begehung straf-

sie allerdings meistens die Befürchtung ferneren Mißbrauchs zum Schaden der Rechtsordnung, zumal wenn sie im Besitze des Delinquenten bleiben; das Messer im Besitze des Raufbolds, die medizinischen Instrumente im Besitze des gewerbsmäßigen Abtreibers mögen als Beispiele dienen. Wir haben festgestellt, daß es absolut gefährliche Gegenstände nicht gibt. Die Innehabung des zu einem deliktischen Tun objektiv geeigneten Gegenstandes durch den zu solchem Tun hinneigenden Menschen begründet zusammen die Gefahr. Hier sei aber gleich bemerkt, daß die Bestimmung des § 40: „sofern sie dem Täter oder einem Teilnehmer gehören," sich nicht unmittelbar aus diesem Gedanken entwickeln läßt. Denn der reine Präventionszweck verlangt Einziehung der im Besitze, in der Verfügungsgewalt des Delinquenten stehenden instrumenta, einerlei in wessen Eigentum sie stehen. § 40 dagegen läßt die im Eigentume des Delinquenten stehenden Instrumente einziehen, ohne Rücksicht auf die künftige Gebrauchsmöglichkeit durch diesen. Schon damit ist gesagt, daß das instrumentum keineswegs im einzelnen Fall wirklich die Gefahr einer nochmaligen verbrecherischen Verwendung durch den Täter involvieren muß. Man denke an das Messer des Mörders, der zum Tode verurteilt ist! Allerdings ist die Einziehung nach § 40 fakultativ. Dies ermöglicht dem Richter, die Spezialprävention zu berücksichtigen und von der Einziehung in den Fällen Abstand zu nehmen, wo er in dem Besitze der Sache durch den Delinquenten keine Gefahr für die Zukunft erblickt. Ist also bei den instrumenta sceleris der Gedanke an Verbrechens-Verhütung wohl durchschnittlich bestimmend, obwohl nicht in jedem Fall zutreffend, so läßt sich ein Gleiches für die sog. producta sceleris [1]) nicht sagen. Hier muß vor allem gegen die oben schon zitierte Auffassung *Köbners* [2]) Stellung genommen werden. Seine Subsumtion des Begriffes der

barer Handlungen, nicht aber der konkreten zur Aburteilung stehenden bestimmt waren. Es genügt also zur Einziehung nicht, daß ein Gegenstand zur Begehung künftiger Delikte bestimmt ist. Vgl. Olshausen A. 9 zu § 40.

[1]) Unter producta sceleris haben wir nur die unmittelbar durch das Delikt hervorgebrachten, d. h. die Gegenstände zu verstehen, welche ihre Existenz als Sachspezies dem Delikte verdanken, also insbesondere nicht das durch das Delikt Erworbene (scelere quaesita). cf. Olshausen A. 8 zu § 40 und Vorberg S. 78.

[2]) Dieselbe hat, soweit ich sehe, keine Anhänger gefunden, wird vielmehr im Gegenteil allenthalben abfällig beurteilt.

producta unter den der instrumenta künftiger Rechtsverletzungen scheint mir zu sehr nur von der Tendenz getragen, die Einziehung auf alle Fälle rein polizeilich zu erklären, als daß sie hier noch ausdrücklicher Widerlegung bedürfte.[1]) Dagegen ist es wohl erforderlich, einen in diesen Ausführungen steckenden richtigen Gedanken hervorzukehren und ihn aus dem Zusammenhange zu lösen, in den ihn *Köbner* selbst gestellt und durch den er ihn bis zur Unkenntlichkeit entstellt hat. *Köbner* geht nämlich von der ganz treffenden Empfindung aus, daß allerdings das productum sceleris einen Widerspruch gegen die Rechtsordnung in sich trage.[2]) Aber allein in seiner Erzeugung ist dieser begründet, hat mit den Zwecken, zu denen der Gegenstand verwendet wird, gar nichts zu tun.[3]) Es ist dies eine auf ethischem Motiv beruhende Auffassung: Was seine Entstehung einem Rechtsbruch verdankt, dessen ganzes Dasein ist unverträglich mit dem Rechte, ist sozusagen ein materialisierter Widerspruch mit demselben. Darum, und nur darum, muß ein solcher Gegenstand eingezogen werden, ohne Rücksicht darauf, ob er wohl zu einer konkreten Straftat verwendet werden wird, oder ob er, von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, völlig harmlos ist. Denn sein Dasein als solches verstößt wider die Rechtsordnung, nicht aber wird dadurch die künftige Handlung, deren vielleicht zufälliges Mittel der betreffende Gegenstand ist, deliktisch affiziert.[4]) [5]) — Wenn auch hier die Einziehung nur fakultativ im Ermessen des Richters liegt, so mag dieser allerdings im einzelnen Falle die konkrete Tauglichkeit des productum sceleris zur Verwendung als Mittel oder Werkzeug

[1]) Diese Zurückweisung hat sie denn schon zur Genüge erfahren, z. B. von Vorberg S. 80, S. 16/17.

[2]) Vgl. auch Binding, Grundriß S. 239, 260 und Schötensack, der Konfiskationsprozeß S. 10.

[3]) Wenn Köbner S. 11 sagt, die producta sceleris müßten naturnotwendig zu instrumenta sceleris werden und seien daher eine besonders gefährliche Art der instrumenta, so zeigt sich hierin die mangelnde Unterscheidung zwischen der Rechtswidrigkeit des bloßen Daseins und der der konkreten Verwendung.

[4]) Diesem Grundgedanken entspräche allerdings obligatorische Einziehung besser als fakultative.

[5]) Es ist dies ein Gedanke, der an sich ebensoweit entfernt ist von dem strafrechtlicher Reaktion, wie von dem der eigentlichen Spezialprävention als der Verhütung künftiger Delikte.

eines künftigen Delikts ins Auge fassen. Doch ist diese Rücksicht hier zweifellos nur sekundärer Natur, und es geht, ohne der Bestimmung des Gesetzes Zwang anzutun, nicht an, sie allein hervortreten zu lassen.

Wir haben so schon gesehen, daß die Präventivtendenz nicht in allen Fällen der Einziehung nach § 40 gleichmäßig vorherrschen kann. Sie wird im einzelnen Falle bald allein dominieren, bald aber völlig in den Hintergrund treten. Diese Erscheinung zeigt sich uns auch, wenn wir den Einwand *Köbners* (a. a. O. S. 4) gegen die Strafnatur betrachten, der sagt, das Uebel, das hier zugefügt werden solle, stehe ganz außer Verhältnis zu der Schwere der Rechtsgüterverletzung, richte sich nur nach den Zufälligkeiten des einzelnen Falles und sei daher zum mindesten ein höchst ungeeignetes Strafmittel. Es ist ja richtig, daß die Schwere des Uebels, die sich meist nach dem Wert des confiscandum für den Eigentümer richten wird, ganz unabhängig vom Willen des Richters ist und geradezu automatisch durch die konkrete Sachlage geregelt wird. Man könnte daraus den Schluß ziehen, daß es dem Gesetzgeber gar nicht auf die Uebelszufügung ankomme, diese vielmehr etwas rein Akzessorisches sei.[1]) Ein markantes Beispiel, das auch *Köbner* anführt, ist, daß bei einer Papiergeld-Fälschung, als einem schweren Delikt nach § 146, das productum sceleris, also lediglich wertloses Papier, eingezogen wird. In diesem Falle ist die Einziehung nach § 152 sogar obligatorisch, denn hier ist nicht nur die Existenz der Banknote als „Truggut" *(Binding)* mit der Rechtsordnung unvereinbar, sondern dieselbe ist vom Täter nur hergestellt worden, um sie im Verkehr zu gebrauchen, was eben einen weiteren Rechtsbruch ergeben würde.[2]) Mithin steht hier allerdings die Prävention stark im Vordergrunde. — In anderen

[1]) Eine Betrachtung, die berechtigt wäre, wenn der Gesetzgeber nicht im § 40 ausdrücklich seinen Willen, nur den Schuldigen zu treffen, zeigen würde. Davon weiter unten!

[2]) Dies, trotzdem im konkreten Fall bei Bestrafung des Täters aus § 146, wo das Delikt mit der in Verbreitungs-Absicht geschehenen Fälschung vollendet ist, das dazukommende Verbreiten nicht eine neue strafbare Handlung darstellt. Es handelt sich vielmehr da um einen Fall der Verbrechens-Einheit. Dies kann aber an der rechtlichen Qualifikation der Gebrauchs-Handlung als Rechtsgüterverletzung nichts ändern. — Auf die eigenartige rechtliche Natur der Einziehung nach § 152 wird übrigens erst weiter unten einzugehen sein.

Fällen der Einziehung der producta sceleris nach § 40 wird dagegen der Gedanke der Beseitigung des schon durch sein Dasein einen Widerspruch mit der Rechtsordnung enthaltenden, vielleicht an sich ganz harmlosen Gegenstandes in dem oben dargestellten Sinne maßgebend sein; in einer dritten Gruppe von Fällen endlich — wenn z. B. das productum sceleris für den Delinquenten besonderen Wert hat, seine Entziehung daher vielleicht ein schweres Uebel bildet — der Gesichtspunkt der Strafe. Analoges gilt natürlich auch für die instrumenta des Verbrechens.[1]) Dabei braucht auch im einzelnen Falle keineswegs einer dieser drei angedeuteten Gesichtspunkte für die vom Richter nach seinem Ermessen angeordnete Einziehung absolut zu dominieren; sie können sich vielmehr in der mannigfachsten Weise durchkreuzen.[2]) Und diese Momente liegen eben sämtlich der Bestimmung des § 40 zu Grunde, ohne daß sich wohl überhaupt aus inneren Gründen das Vorherrschen des einen oder des anderen feststellen ließe. Wir müßten daher die Einziehung des § 40 vielleicht für eine Maßregel gemischten Charakters erklären, wenn nicht ein allerdings mehr äußeres Moment der Regelung des § 40 uns zeigen würde, daß das Gesetz gerade hier die Einziehung als Strafe verwenden will. Es ist dies der bereits erwähnte Umstand, daß § 40 nur die Konfiskation der dem Täter oder einem Teilnehmer gehörigen[3]) Gegenstände zuläßt,[4]) und ferner nur, wenn sie in der besagten

[1]) Auch bei ihnen kann man sich nicht ganz des Gedankens erwehren, daß ihnen durch die Benützung oder Bestimmung zum Verbrechen ein gewisser Makel aufgeprägt wird. Diese scheinbar tiefwurzelnde Vorstellung hat in mancherlei Erscheinungen der Rechtsgeschichte symptomatischen Ausdruck gefunden; vgl. die Erwähnungen Nissens (die Einziehung, S. 109) über die sittliche Bedeutung des Verwirkens kriminell relevanter Gegenstände.

[2]) Um nur ein Beispiel zu nennen: Trägt die Einziehung gefälschter Banknoten hauptsächlich Präventivcharakter, so ändert sich die Sachlage gleich, wenn wir an gefälschte Goldstücke denken; vom Standpunkt der bloßen Prävention würde Unbrauchbarmachung unter Belassung des Eigentums beim Täter genügen; daß der Staat ihm aber das Eigentum entzieht, soll gewiß auch als Strafübel wirken.

[3]) Und zwar zur Zeit des Urteils gehörigen!

[4]) Dabei ist es nicht nötig, daß das instrumentum auch vom Eigentümer selbst gebraucht worden sei. Es kann z. B. der Täter eine dem Teilnehmer gehörige Sache, sogar ohne dessen Wissen, zum Delikt benützt haben; trotzdem kann sie nach § 40 eingezogen werden und gleichwohl ist diese Einziehung Strafe

Beziehung zu einem vorsätzlichen Delikt — Verbrechen oder Vergehen — stehen. Diese zwei Einschränkungen geben dem sonst neutralen Wesen der Einziehung eine ganz entschiedene strafrechtliche Bedeutung, so sehr daneben andre Tendenzen im Spiele stehen mögen. Es wird nicht nur ein Delikt — Verbrechen oder Vergehen, Vollendung oder Versuch — vorausgesetzt, sondern es soll auch der Täter oder Teilnehmer in seinem Vermögen getroffen werden; die Uebelszufügung — mag dieselbe auch im einzelnen Fall sich auf ein Minimum beschränken, — tritt durch diese Bestimmung deutlich als gewollt in den Vordergrund. Und aus dem gleichen strafrechtlichen Geiste heraus ist die Beschränkung auf vorsätzliche Delikte zu verstehen. Damit ist das Delikt zur inneren Ursache der gewollten Uebelszufügung gemacht, die sich, soweit dies überhaupt ihrer Natur nach möglich ist, nach ihm richtet. Die mangelnde Dehnbarkeit, d. h. Anpassungsfähigkeit des konkreten Uebels an die Schuld hat die Einziehung mit allen absolut bestimmten Strafen gemein; daraus läßt sich also kein Argument gegen den Strafcharakter schöpfen. Dazu kommt, daß der Richter durch das Fakultative der Einziehung in die Lage gesetzt wird, wenigstens in negativem Sinne jenen Mangel zu korrigieren, indem er die Einziehung da nicht eintreten läßt, wo dieselbe etwa eine Unbilligkeit, eine unnötige Härte enthalten würde;[1]) endlich, daß die Einziehung nur Nebenstrafe ist; denn es liegt schon im Begriff der Nebenstrafe, daß nicht sie, sondern die Hauptstrafe es ist, welche im Wesentlichen die von der Generalprävention geforderte Proportion zwischen Schuld und Strafe herstellt; bei der Nebenstrafe genügt es, wenn sie nur jenen Rahmen nicht durchbricht, d. h. nicht etwa un-

für den Eigentümer (hier den Teilnehmer); denn nur in dem gegen diesen ergehenden Strafurteil kann sie ausgesprochen werden. Nicht etwa kann in einem Strafurteil gegen den Täter die von diesem benützte, dem Teilnehmer gehörende Sache eingezogen werden. cf. Köbner S. 30 und Olshausen Anm. 13 zu § 40. A. A. Rubo N. 12 zu § 40. Wenn freilich Olshausen sich für seine Ansicht auf die Strafnatur der Einziehung nach § 40 beruft, so kann man dies als eine petitio principii auffassen.

[1]) Das Fakultative der Einziehung braucht daher gar nicht lediglich als unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention stehend betrachtet zu werden, es kann im einzelnen Fall auch gerade zur Durchsetzung strafrechtlicher Gedanken dienen.

verhältnismäßig schwer ist.[1]) Ich halte daher die Einziehung nach § 40 für eine vom Richter wegen eines Delikts verhängte Nebenstrafe am Vermögen, bei der allerdings spezialpräventive wie auch andre Elemente in stärkerer Weise hervortreten, als dies beim gewöhnlichen Typus der Strafe der Fall ist.[2])

[1]) Wie wir dies z. B. bei der korrektionellen Nachhaft kennen lernten!

[2]) Hier sei kurz die Frage nach der Vollstreckung der Einziehungsstrafe bezw. nach der Natur des Einziehungs-Urteils berührt! Dieses Urteil wirkt konstitutiv; d. h. mit der Rechtskraft desselben geht das Eigentum an dem betr. Gegenstande auf den Staat über, ohne Rücksicht auf eine früher oder später erfolgte Beschlagnahme, und zwar dürfte es der lex lata gegenüber wohl richtig sein, diesen Eigentumsübergang als mit der Rechtskraft ex nunc — und nicht ex tunc — eingetreten zu betrachten; cf. hierüber die Darlegungen bei Schötensack S. 12 ff. Indem es sich also um eine Verwirkungsstrafe handelt, sind besondere Bestimmungen über den Vollzug nicht nötig. Dies ist ein wesentlicher Unterschied der Einziehung von den gewöhnlichen Vermögensstrafen, der Geldstrafe; hier begründet das Urteil nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Staate und dem Verurteilten. Doch ergibt sich dieser Unterschied aus der Natur der Sache, und nicht etwa aus dem Gegensatz von Strafe und sichernden Maßnahmen, wie Köbner S. 61 annimmt. Denn die Einziehung richtet sich eben immer gegen eine bestimmte Sachspezies, die Geldstrafe dagegen gegen den Gesamtwert des Vermögens. Die Konstruktion als Verwirkungsstrafe ist daher für den Gesetzgeber bei der Einziehung ebenso naheliegend, ich möchte fast sagen, selbstverständlich, wie sie andererseits bei der Geldstrafe direkt unmöglich wäre. Deshalb halte ich es nicht für angängig, diese Gestaltung der Einziehung als Symptom ihres polizeipräventiven Charakters zu deuten, wie Köbner (S. 61) tut; es handelt sich dabei um eine reine petitio principii. Auch bei einer in der Entziehung eines einzelnen Gegenstandes bestehenden Strafe wird eine derartige konstitutive Kraft des Urteils nur der Natur der Umstände entsprechen.

Aus dieser konstitutiven Natur des Urteils ergeben sich verschiedene wichtige Folgerungen; so bez. der Unanwendbarkeit einer Vollstreckungsverjährung. Da nämlich die durch das Urteil bezweckte rechtliche Veränderung schon mit dem Urteil selbst eingetreten ist, eine Vollstreckung im Sinne des R.St.G.B. daher überhaupt nicht mehr nötig ist, so entfällt damit auch die Anwendung der Vollstreckungsverjährung. Wir werden im III. Teile darauf zurückkommen; hier sei nur betont, daß schon die Natur des Urteils, also zunächst nicht die Natur der Maßnahme, zu diesem Resultate führt. — Da der Staat ferner mit der Rechtskraft das Eigentum an der Sache erhält, kann er dasselbe gegen Jedermann, auch gegen die Erben des nach der Rechtskraft gestorbenen Ersteigentümers, geltend machen. Diese Wirkung hat hier natürlich ganz andere Ursachen als im Falle des § 30. — Eine weitere Folge der konstitutiven Kraft ist es auch, daß der Fiskus, wenn durch fremdes Verschulden, zum Beispiel des früheren Eigentümers, die ihm gehörige Sache nicht in specie geleistet werden kann, nach zivilrecht-

II. Eine dem § 40 nahe verwandte Bestimmung enthält St.G.B. § 335. Es handelt sich hier um die Fälle der Beamtenbestechung. § 331 bedroht mit Strafe das Annehmen, Fordern oder Sichversprechenlassen von Geschenken oder anderen Vorteilen durch einen Beamten für eine an sich nicht pflichtwidrige Amtshandlung, § 332 den im übrigen gleichen Tatbestand, wenn es sich um eine Handlung dreht, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, (beides passive Bestechung); § 333 das Anbieten, Versprechen oder Gewähren von Geschenken oder anderen Vorteilen an einen Beamten oder an ein Mitglied der bewaffneten Macht, zum Zwecke der Bestimmung zu einer Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält (aktive Bestechung); endlich § 334 das Fordern, Annehmen oder Sichversprechenlassen von Geschenken oder anderen Vorteilen durch einen Richter, Schiedsrichter, Geschworenen oder Schöffen, um eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zu Gunsten oder zum Nachteile eines Beteiligten zu leiten oder zu entscheiden, sowie das entsprechende aktive Verhalten des Bestechenden. In allen diesen vier Fällen muß nach § 335 im Strafurteile das Empfangene[1]) oder der Wert desselben für dem Staate verfallen erklärt werden[2]). In zwei wesentlichen Punkten weicht diese Bestimmung von der des § 40 ab: einmal darin, daß die Einziehung obligatorisch ist und ferner insbesondere darin, daß event. an Stelle des Empfangenen dessen Wert tritt; zumal diese letztere Bestimmung ist charakteristisch. — Es handelt sich also um einen besonderen Fall der Einziehung des instrumentum sceleris[3]), des Mittels der Deliktsbegehung. Daß hier der Gesichts-

lichen Grundsätzen Schadensersatz zu fordern berechtigt ist. Dies ist wieder prinzipiell verschieden von der Verfallerklärung des Wertes des Gegenstandes nach St.G.B. § 335.

[1]) Und zwar nur das tatsächlich Empfangene, nicht auch etwa das bloß Versprochene oder Geforderte bezw. Angebotene. Dagegen braucht das Gewährte nicht eine Sache zu sein, auch Handlungen oder Unterlassungen fallen darunter. In diesem letzteren Fall ist im Urteil natürlich nur der Wert für verfallen zu erklären; cf. Olshausen N. 3 zu § 335.

[2]) Betr. die Einzelheiten der Einziehung nach § 335 s. Binding, Lehrbuch II S. 734 f.

[3]) Frank N. I zu § 335 weist darauf hin, daß der Begriff des instrumentum nach § 40 sich mit dem nach § 335 nicht notwendig deckt. Denn die Delikte der §§ 331–334 sind auch schon mit dem Fordern, Versprechen, Anbieten des be-

punkt der Verbrechens-Prävention nicht maßgebend sein kann, springt in die Augen und wird auch von dem hartnäckigsten Vertreter des reinen Präventiv-Charakters der Einziehung, nämlich von *Nissen*, zugestanden.[1]) Dafür wird aber von *Nissen*, ebenso wie von *Stooss*,[2]) die Einziehung hier aus einem privatrechtlichen Anspruch des Staates erklärt.[3]) Ich glaube jedoch, daß schon der Umstand allein *Nissens* Auffassung gegenüber der lex lata als unhaltbar zeigt, daß die Einziehung nach § 335 obligatorisch ist, es sich also gerade hier um einen nicht disponiblen Anspruch des Staates handelt, was sich mit der zivilrechtlichen Auffassung doch in keiner Weise verträgt. Dazu kommt, daß der Anspruch des Staates nach § 335 allen zivilrechtlichen Normen zuwider mit dem Tode des Schuldigen erlischt; das objektive Verfahren des § 42 findet auf § 335 an sich keine Anwendung.[4]) Endlich müßte bei

treffenden Vorteils vollendet; das eventuelle nachträgliche Gewähren steht dann außerhalb des Tatbestandes des Delikts. Daher ist das Gewährte dann nicht Mittel im Sinn von § 40; a. M. hier Binding, Lehrbuch II S. 734. Ferner braucht das instrumentum des § 335 kein „Gegenstand" nach § 40 zu sein. Andrerseits genügt Bestimmung zum Delikt nach § 40 nicht für § 335. — Es ist nicht einzusehen, warum das Verhältnis der §§ 40 und 335 ein sich gegenseitig ausschließendes sein soll; cf. dazu außer der oben zit. Anm. Franks, Olshausen N. 6 zu § 335 und Binding, Lehrbuch II S. 734. A. M. Köbner S. 12 f.; interessant und charakteristisch ist der Zirkelschluß, auf Grund dessen er zu diesem Resultate kommt; S. 4 und 9 ff. folgert er nämlich den präventiven Charakter der Einziehung aus der Gefährlichkeit der von ihr betroffenen Gegenstände für die Zukunft, um dann S. 12 f. die Subsumption des als Mittel eines Delikts verwendeten Lohnes unter die nach § 40 der Einziehung unterliegenden instrumenta sceleris deshalb abzulehnen, weil dieser Lohn keine Gefahr für die Zukunft bietet.

[1]) Auch Berner, der sonst allgemein den polizeilichen Charakter der Einziehung wahrt, erkennt sie (Lehrbuch S. 226/7) als Strafe da an, wo der Wert an Stelle des primär Einzuziehenden tritt: „statt des Gegenstandes selbst den Wert desselben zu konfiszieren, hätte als Prävention keinen Sinn."

[2]) Zur Natur der Vermögensstrafen, Bern 1878, S. 54.

[3]) Nach Nissen ist der Ausspruch dieser zivilrechtlichen Konsequenz der Straftat nur der Ehre des Beamtentums halber dem Strafrichter übertragen. Nissen begründet diese Auffassung auf den letzten Seiten seiner Schrift in eingehender Weise, insbesondere unter Hinweis auf das lucrum turpe extorqueri in Verbindung mit dem commissum des römischen Rechts.

[4]) Etwas Anderes ist es, wenn der betreffende „Gegenstand" zugleich als instrumentum sceleris gemäß § 40 erscheint, also eine Konkurrenz von § 335 und

einem zivilrechtlichen Anspruche dem Staat, falls es nicht zum Strafprozeß kommt, der Zivilrechtsweg offen sein.[1]) Somit bleibt nur die strafrechtliche Auffassung, für die denn auch die oben genannten Momente, insbesondere das Erlöschen des Anspruchs mit dem Tode des Schuldigen, sprechen. Ich glaube, daß gerade § 335 sogar einen besonders charakteristischen Fall strafrechtlicher Einziehung darstellt. Es läßt sich ja nicht verkennen, daß der Gesichtspunkt des lucrum turpe, dessen Belassung in den Händen des Schuldigen gleichsam die Permanenz eines rechtswidrigen Zustandes bedeutete, welcher die öffentlichen Interessen schwer schädigen müßte, und der nur durch das Verfallen an den Staat beseitigt werden kann, hier mitspielt.[2]) Aber wenn auch solche Momente in Betracht kommen und ihr Gewicht mit in die Wagschale werfen, so haben sie es doch nicht vermocht, der Maßregel des § 335 einen zivilrechtlichen Stempel aufzudrücken; vielmehr wird doch letzten Endes hier die Einziehung poenae causa verhängt. Denn sie trifft nur den Schuldigen[3]) und immer den

§ 40 vorliegt. Dann kann natürlich auf Grund von § 40 die selbständige Einziehung nach § 42 stattfinden; so Binding, Lehrbuch II S. 735.

[1]) Vgl. zu diesen Argumenten Schötensack S. 16 f.

[2]) Insofern ist Köbner (S. 13 ff. und S. 62 ff.) zuzustimmen, der sich einerseits vor den Einseitigkeiten der rein zivilistischen Konstruktion Nissens hütet, andrerseits aber doch energisch die hier neben den öffentlich-rechtlichen vorliegenden zivilrechtlichen Gedanken betont. „Wie das römische commissum steht auch die Vorschrift des § 335 StGB. auf der Grenze zwischen Straf- und Zivilrecht." Die Berücksichtigung des zivilrechtlichen Gesichtspunktes führt Köbner dazu, dem Urteil im Falle des § 335 eine andere Bedeutung zuzusprechen als im Falle des § 40. Während dieses konstitutiv wirke, habe jenes deklaratorische Kraft, d. h. es erkläre die confiscanda als bereits im Augenblick der Tat dem Staate verfallen (anal. dem commissum). Mit diesem Gedanken stimmt dann allerdings das eventuelle an die Stelle treten des Wertes völlig überein; cf. auch Kohler, Patentrecht S. 576. Doch auch wenn wir mit Olshausen N. 7 zu § 335 — cf. auch Schötensack S. 13 (Anm.), Vorberg S. 12 (Anm.) — bez. der Verfallerklärung des „Empfangenen" dem Urteil hier die gleiche Wirkung zusprechen wie bei § 40 — wozu uns der Wortlaut und Sinn der Vorschrift völlig berechtigt — läßt sich das an die Stelle treten des Wertes zwanglos daraus erklären, daß § 40 gemäß seiner stark präventiven Tendenz es immer auf eine Sachspezies abgesehen hat, während § 335 sich naturgemäß gegen die Bereicherung als solche, ohne Rücksicht, durch welchen konkreten Gegenstand sie eintrat, richtet.

[3]) Dies ist insofern bestritten, als Manche die Einziehung nach § 335 ohne Rücksicht auf das Eigentums-Verhältnis eintreten lassen; so Olshausen N. 4

Schuldigen. Letzteres mit Rücksicht auf die eventuell eintretende Strafumwandlung: Wie der Wortlaut des § 335 ziemlich deutlich ergibt, ist es die Absicht des Gesetzgebers, den Wertersatz subsidiär zu erhalten, wenn aus irgend einem Grunde der Schuldige nicht im Stande ist, das Empfangene selbst herauszugeben. Das Gericht wird im Urteil, außer wenn schon sicher feststeht, daß das Empfangene selbst nicht herausgegeben werden kann, zu erklären haben, daß „das Empfangene oder der Wert desselben" dem Staate verfallen sei.[1]) Es ist dann Sache des Strafvollzugs, falls das Empfangene nicht erlangt werden kann, die subsidiäre Verpflichtung an die Stelle treten zu lassen, analog wie an die Stelle einer nicht beizutreibenden Geldstrafe die dafür festgesetzte Freiheitsstrafe tritt.[2]) Es handelt sich also um die Umwandlung der Nebenstrafe der Einziehung in eine Geld-Nebenstrafe.[3])

In dem gleichen Maße, in welchem § 335 die Einziehung gegen die Person des Schuldigen richtet und diese also in den Vordergrund rückt, tritt andrerseits die Berücksichtigung gerade des betreffenden instrumentum sceleris selbst zurück. Letzteres

und 5. Nach ihm kann z. B. das Empfangene auch dann noch vom Staate vindiziert werden, wenn es aus dem Eigentum des Bestochenen in das eines anderen übergegangen ist; Olshausen rettet auch in diesem Fall den Strafcharakter, indem er sagt, die Einziehung als Uebel treffe doch den Schuldigen und zwar durch die Ersatzpflicht, die ihm gegenüber dem unschuldig Betroffenen obliege. Ob man in dieser zivilistischen Ersatzpflicht ein Strafübel sehen kann, halte ich für höchst zweifelhaft. Eine solche Konstruktion ist jedoch gar nicht nötig, da meiner Ansicht nach die Einziehung nur unmittelbar gegenüber dem Schuldigen zulässig ist. cf. Frank N. III 2. Der aus dem Wortlaut des § 335 sich ergebende Sinn ist, daß der Wert nur dann eintritt, wenn das Empfangene selbst uneintreibbar ist, gerade um dadurch den Schuldigen sicher zu treffen; die Verpflichtung zum Wertersatz ist also subsidiär. Ein solcher Fall der Uneintreibbarkeit ist es aber sicher, wenn der Gegenstand einem Dritten gehört; es entspricht dies ganz der ratio legis. Auch wird es vom Gesetze stets ausdrücklich bestimmt, wenn ein Gegenstand ohne Rücksicht darauf, in wessen Eigentum er steht, eingezogen werden soll. So auch Schötensack S. 16. — Betr. die Berücksichtigung der Rechte des Gebenden an der Sache cf. Binding Lehrbuch II S. 735.

[1]) cf. Frank N. III 2; ist aber bestritten!

[2]) Der Wert des Empfangenen ist daher im Urteil zu bestimmen. Ist zwar die Verfallerklärung des Wertes ausgesprochen, jedoch dessen nähere Bestimmung unterlassen, so greift St.P.O. § 490 Platz; cf. Olshausen N. 6 b.

[3]) Diese kann nicht etwa gemäß den Grundsätzen der §§ 28 und 29 St.G.B. in Freiheitsstrafe umgewandelt werden. A. A. Binding Lehrbuch II S. 735.

liegt ja in diesem Falle in der Natur der Umstände begründet. Wir können von hier aus zwei Typen der Einziehung unterscheiden: Die Einziehung als Strafe, welche das Hauptgewicht darauf legt, die Person des Schuldigen als Uebel zu treffen und die Einziehung als sichernde Maßnahme, welche es, konsequent durchgedacht, umgekehrt nur auf den in der Hand des Betreffenden gefährlichen Gegenstand abgesehen hat, ohne Rücksicht darauf, ob bzw. wen ein Uebel trifft. § 335 ist ein Beispiel der ersteren Art.

b) Die Einziehung im sog. objektiven Verfahren; § 42.

Das andre Extrem zeigt § 42. Er lautet: „Ist in den Fällen der §§ 40 und 41 die Verfolgung oder die Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar, so können die daselbst vorgeschriebenen Maßnahmen selbständig erkannt werden.“[1]) § 42 läßt also den Eintritt der Einziehung nach § 40 auch zu, wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist, d. h. unabhängig von dem gegen eine bestimmte Person gerichteten Strafurteil, im sog. objektiven Verfahren; dieses findet sich in der St.P.O. §§ 477 ff. geregelt.[2]) Es leuchtet ein, daß eine derartige Maßregel denen große Schwierigkeiten bereiten muß, welche auf alle Fälle den Strafcharakter der Einziehung gewahrt wissen wollen; soll sie ja doch im Gegensatz zu § 40 gerade dann Platz greifen, wenn ein Strafurteil gegen den Schuldigen nicht ergehen kann. Wie sich aus dem Wortlaute des § 42 („Ist in den Fällen der §§ 40 . . .“) deutlich ergibt, findet derselbe nur Anwendung, falls sämtliche tatsächlichen Voraussetzungen des § 40 gegeben sind[3]) und lediglich die Unmöglich-

[1]) Es sei gestattet, der Anordnung des G.B. zuwider die Besprechung der Unbrauchbarmachung, welche ich im Gegensatz zu Nissen nicht für eine Unterart der Einziehung halte, zurückzustellen; ich glaube, dies hier mit dem Hinweis auf den prinzipiellen Unterschied, den ich zwischen den beiden Maßnahmen annehme, vorläufig rechtfertigen zu dürfen. Infolge dessen ist bei Besprechung von § 42 zunächst nur auf § 40 Bezug zu nehmen. Die gleichen Grundsätze gelten übrigens auch für die Anwendung des § 42 auf § 41.

[2]) Ueber das objektive Verfahren vgl. neuerdings Schötensack, der Konfiskationsprozeß, Leipzig 1905.

[3]) Hier sei bemerkt, daß also dem klaren Wortlaut des § 42 gemäß eine Ausdehnung desselben auf andere Fälle der Einziehung (bezw. Unbrauchbar-

keit der Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person dazutritt. Hier setzt vor allem die Streitfrage ein, welches die Gründe dieser Unmöglichkeit sein müssen, ob § 42 sich nur auf tatsächliche oder auch auf rechtliche Unmöglichkeit erstrecke. Ohne im Detail auf diesen Punkt einzugehen, sei vorläufig nur festgestellt, daß, da die selbständige Einziehung nach § 42 nur eintreten kann, wenn die Voraussetzungen des § 40 gegeben sind, jedenfalls alle jene Fälle der Unmöglichkeit der Verfolgung oder Verurteilung ausscheiden, welche ihren Grund in dem Fehlen einer jener Voraussetzungen des § 40 haben. Also kann z. B. die Waffe, mit der ein Kind oder ein Irrsinniger getötet hat, nicht nach § 42 selbständig eingezogen werden, da es sich in diesen Fällen überhaupt um kein Vergehen oder Verbrechen handelt, § 40 ein solches aber voraussetzt. Dagegen wird bei Tod, Abwesenheit, Unbekanntschaft des Täters (cf. die Motive; Aktenstücke des Reichstags 1870 S. 52) als den wichtigsten tatsächlichen Hinderungsgründen § 42 stets Platz greifen.[1] [2])

machung), als solche unter §§ 40 (bezw. 41) fallende nicht als zulässig erachtet werden kann. Also ist vor allem bei Uebertretungen und bei fahrlässigen Delikten eine selbständige Einziehung nicht möglich. Gegenüber dem unzweideutigen Wortlaut eines Gesetzes kommen auch seine zu andern Resultaten führende Entstehungsgeschichte sowie die Motive nicht entscheidend in Betracht.

[1]) Wir haben oben gesehen, daß eine Voraussetzung des § 40 die ist, daß der betreffende Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer zur Zeit des Urteils gehört. Wollten wir, am Buchstaben klebend, auch diese Voraussetzung auf § 42 übertragen, so würde uns das dazu führen, die selbständige Einziehung dann auszuschließen, wenn zur Zeit des Urteils (also des auf selbständige Einziehung erkennenden) der Gegenstand nicht mehr im Eigentum einer dieser Personen steht. Damit würde sich die selbständige Einziehung gerade im wichtigen Fall des Todes des Täters oder Teilnehmers nicht durchführen lassen; und gerade diesen Fall nennen die Motive eigens, ja, er bildete sogar den Ausgangspunkt für die Aufnahme des ganzen objektiven Verfahrens in unser R.St.G.B. Ich schließe mich mit Rücksicht darauf und auf den ganzen Sinn des § 42 der Ansicht Köbners (S. 46) an, welcher die eine solche Deutung zulassende Fassung des § 42 für einen Redaktionsfehler hält, über den sich die dem Geiste der Bestimmung gerecht werdende Interpretation hinwegsetzen muß. Auch die überwiegende Meinung ist für die Anwendung des § 42 im Falle der durch den Tod eintretenden Unmöglichkeit der Verfolgung oder Verurteilung. — Kohler (Patentrecht S. 578) dagegen will die selbständige Einziehung im Falle des Todes aus sachlichen Gründen ausschließen. Ob sie im Falle des Todes eintreten darf oder nicht, hält Kohler (S. 578) mit Recht letzten Endes für eine Konsequenz des Charakters

den man der Maßregel beilegt. Weil er sie nun für Strafe erklärt, schließt er die Anwendung nach dem Tode des Schuldigen aus. Dabei müssen wir uns aber an dieser Stelle vor einer petitio principii dem Gesetz gegenüber hüten. Wir stehen scheinbar vor der Alternative: Ist es ein Beweis für die polizeiliche Natur der Einziehung, daß sie auch nach dem Tode eintritt, oder müssen wir das Eintreten nach dem Tode annehmen, wenn und weil wir sie für eine polizeiliche Maßregel halten?

Dies ist eine Frage der Methode, welche jedoch für unsere Abhandlung der prinzipiellen Bedeutung nicht entbehrt. Nur zu ihr und nicht zum allgemeinen Problem der Anwendung der strafrechtlichen Grundsätze auf die sichernden Maßnahmen soll jetzt hier Stellung genommen werden. Zunächst bedarf es keines besonderen Beweises dafür, daß die strafrechtlichen Grundsätze auf Nichtstrafen an sich keine Anwendung dulden. Es liegt ebensosehr im Begriff der Strafe enthalten, daß der Tod den Untergang jedes Strafrechts (im subjektiven Sinn) bedeutet, wie es andrerseits selbstverständlich ist, daß eine sichernde Maßnahme, soweit sie überhaupt nach dem Tode eines Menschen noch Sinn hat, dann auch angewendet werden kann. An sich ist also das Erlöschen oder Nichterlöschen des betreffenden staatlichen Rechts beim Tode eine Konsequenz aus der Natur eben jenes Rechts, d. h des Charakters der betr. Maßnahme. Dieses Verhältnis verkennen, hieße einen groben logischen Fehler begehen. Der Gesetzgeber wird also eine als solche erkannte und gewollte nichtstrafrechtliche Maßregel auch bei der Aufnahme ins St.G.B. niemals prinzipiell den rein strafrechtlichen Grundsätzen unterwerfen dürfen. Wir haben jedoch gesehen, daß er sich oft selbst nicht über den grundsätzlichen Charakter einer Maßregel völlig klar ist, daß eine solche Maßnahme auf den ersten Blick vielleicht verschiedene Deutungen zuläßt. Dann ist es Aufgabe der Wissenschaft, nachzuforschen, welches die wahre Natur derselben ist und je nach dem in concreto erkannten Wesen die sich aus demselben ergebenden allgemeinen Grundsätze anzuwenden. — Da ist es auch möglich, daß der Gesetzgeber, ohne sich ausdrücklich über die Natur einer Maßregel auszusprechen und vielleicht auch ohne sich derselben klar bewußt zu werden, der Maßregel durch seine Ausgestaltung doch einen sehr präzisen Charakter verliehen hat. Dies kann insbesondere dadurch geschehen, daß bestimmte Kriterien, welche wir als essentialia des Strafbegriffs kennen gelernt haben, fehlen — solche Fälle haben wir schon genug kennen gelernt, — oder aber dadurch, daß in der legislativen Einzelausgestaltung gewisse Grundsätze angewandt sind, welche mit den sich aus dem Strafbegriffe ergebenden unvereinbar sind. Ist unser Weg in den oben besprochenen Fällen dem logischen Verhältnis entsprechend ein deduktiver — aus dem Charakter der Maßregel wird gefolgert, welche Grundsätze auf dieselbe anzuwenden sind, — so zwingt uns hier der Gesetzgeber durch die Art seines Vorgehens zum Einschlagen eines induktiven. So kann es sein, daß wir aus der vom Gesetzgeber ausdrücklich normierten Durchbrechung einzelner essentiell strafrechtlicher Grundsätze auf den Nichtstrafcharakter einer Maßregel schließen müssen, um dann aus diesem die weitere Konsequenz zu ziehen, daß auch andere strafrechtliche Grundsätze, über deren

Anwendung im konkreten Fall der Gesetzgeber schweigt, nicht herangezogen werden dürfen. So wird dann Induktion und Deduktion in der richtigen Weise verbunden. Von der bekannten Größe a (Anwendung des § 42 im Todesfall) schließt man auf x (Natur der Maßregel), um nach dessen Berechnung aus ihm y (die Frage der Anwendung der übrigen allgemeinen Grundsätze des Strafrechts) zu lösen. Bei solchen, meist recht subtilen Untersuchungen ist es jedoch — um im mathematischen Bilde zu bleiben — condicio sine qua non, daß man sich strikte an die gegebenen Größen, welche uns das Gesetz bietet, halte. Dazu ist wieder eine ohne petitio principii vorgenommene Interpretation des Gesetzes Vorbedingung. — Wenn nun Kohler wegen der Strafnatur der Einziehung dieselbe nach § 42 im Fall des Todes nicht zuläßt, so verfehlt er sich nach meiner Ansicht gegen diese Regel, indem er von seiner Auffassung der Einziehung als Strafe, die doch erst zu beweisen wäre, ausgehend, sich über das Gesetz sogar hinwegsetzt. Dessen Entstehungsgeschichte im Verein mit seinem Wortlaut ergeben, daß die Einziehung nach § 42 gerade im Fall des Todes des Täters Anwendung finden sollte. Statt sich an die gegebene Größe zu halten, geht Kohler von einer angenommenen Lösung des x aus, um von da die doch schon gegebene Größe a nochmals zu berechnen, wobei er dann zu einer andern Zahl als der gegebenen anlangt.

Das Gleiche gilt, wenn man die selbständige Einziehung im Falle der Unausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung des Täters wegen seiner nach der Tat eingetretenen Geisteskrankheit deswegen ausschließen will, weil sie eine Strafe sei und eine solche gegen den Geisteskranken nicht angewendet werden kann. Denn auch die Geisteskrankheit des Täters nach der Tat ist einer jener Fälle der Unmöglichkeit der Verfolgung oder Verurteilung, in dem man § 42. will man seinem Wortlaut nicht Zwang antun, anwenden muß.

[2]) Umstritten ist auch die Frage, ob bei Unmöglichkeit der Verfolgung wegen Mangels des erforderlichen Antrags (also bei Antragsdelikten) die selbständige Einziehung Platz greifen kann oder nicht. Die Frage löst sich von selbst, wenn wir den Antrag mit Birkmeyer (cf. Encyklopädie S. 1148) als Bedingung der Strafbarkeit betrachten, also als Voraussetzung schon der Entstehung eines staatlichen Strafanspruchs. Dann ist mangels Antrags ein Delikt überhaupt nicht vorhanden, es fehlt also an einer der tatsächlichen Voraussetzungen des § 40; mithin kann auch § 42 nicht angewendet werden. Aber zum gleichen Resultat gelangen wir, wenn wir den Antrag mit der herrschenden Meinung lediglich als Bedingung der Strafverfolgung, als Prozeßvoraussetzung betrachten, mithin auch bei seinem Fehlen ein Delikt, also einen staatlichen Strafanspruch, als vorhanden annehmen. Die Gründe, warum das Gesetz bei manchen Delikten die Verfolgung von einem Antrage abhängig macht, sind sehr verschieden. So kommt insbesondere die Geringfügigkeit der Bedeutung des betreffenden Rechtsbruchs für die Allgemeinheit, gemessen mit den eventuellen großen Unannehmlichkeiten, welche die Verfolgung, besond. der sog. strepitus fori, dem Individuum bringt, in Betracht; auch die in solchen Fällen oft große Schwierigkeit der Verfolgung ohne sichere Mithilfe des Verletzten spielt eine Rolle. Kurz, das Interesse des

Demnach ist es nicht zweifelhaft, daß auch die selbständige Einziehung nach § 42 mit Rücksicht auf § 40 als Folge eines Delikts erscheint. Trotzdem kann aber von einer Strafe keine Rede sein. Denn es kommt einzig darauf an, in welchem Verhältnisse die betreffende Folge zum Delikte steht, d. h. darauf, ob sie ein wegen des Rechtsbruchs gegen den verurteilten Täter gerichtetes Uebel ist. Daß dies nun hier nicht der Fall ist, bedarf angesichts des klaren Sinnes des § 42 kaum eines näheren Beweises.[1]) Mag also im konkreten Fall die Einziehung nach

---

Einzelnen an der Nichtverfolgung überwiegt das staatliche Interesse an der Verfolgung. Dieser Gedanke hindert nun ebenso ein Strafverfahren gegen den Schuldigen, wie überhaupt jedes Verfahren, welches, wenn auch nicht auf Strafe abzielend, so doch eine dem Strafprozesse ähnliche Erforschung des Tatbestandes erfordert; ein solches ist das Verfahren des § 42 (und der entsprechenden Paragraphen der St.P.O.). Insbesondere der Zweck der Vermeidung des dem Verletzten unangenehmen sog. strepitus fori erheischt, soll er nicht ganz vereitelt werden, auch den Ausschluß des sog. objektiven Verfahrens. Dieses Resultat stimmt mit dem Wortlaut des § 61 St.G.B. („Eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu verfolgen, . . .") überein. Das objektive Verfahren enthält jedenfalls eine „Verfolgung," wie § 61 sie mangels Antrags ausschließen wollte. Also ist auch diese Nichtanwendung der Einziehung bei Mangel des Antrags nicht etwa nur als Folge einer behaupteten Strafnatur der Einziehung zu verstehen, wie ein Teil der Literatur sagt; sie ergibt sich vielmehr aus von der Natur der Maßnahme unabhängigen Gründen.

[1]) cf. dagegen den gänzlich mißlungenen Versuch Glücksmann (rechtliche Charakterisierung der strafprozessualen Entscheidung . . . S. 11 ff. in Verbindung mit S. 16 f.), auch der selbständigen Einziehung Strafcharakter beizulegen und die treffende Widerlegung desselben bei Schötensack (S. 33 ff.). Sein Versuch muß vor allem an dem prinzipiell bedeutungsvollen Falle scheitern, daß die selbständige Einziehung eintritt, weil der Tod des Schuldigen dessen Verfolgung oder Verurteilung hindert. — Kohler (Patentrecht S. 577 ff., S. 582), der auch die Maßregel des § 42 für Strafe hält, schließt, wie gesagt, aus diesem Grunde die Anwendung im Falle des Todes des Täters aus. Daß dies nicht richtig ist, wurde schon erwähnt. Aber selbst angenommen, er habe recht, so kann uns doch diese seine Voraussetzung, daß sich die Maßregel stets materiell gegen die Person des Schuldigen richte, nicht darüber hinweghelfen, daß unser Recht Strafen nur unter der Bedingung der Verurteilung einer bestimmten Person in den Formen des Strafprozesses kennt. — Dagegen muß schärfstens Stellung genommen werden gegen eine andere strafrechtliche Auffassung des § 42: John (Strafr. Ztg. XII, S. 64) faßt sie in die Worte: „Die Einziehung ist eine Strafe nicht für den Verbrecher, sondern für das Verbrechen." Eine solche Objektivierung des Verbrechens, eine Loslösung desselben vom Verbrecher ist ein juristisches Unding.

§ 42 tatsächlich für den Täter des Delikts als den Eigentümer der Sache ein Uebel bedeuten, etwa wenn dessen Verfolgung nur wegen Unbekanntschaft seines Aufenthalts unmöglich ist, so ändert dies nichts an dem doppelten Umstande, daß § 42 keine Rücksicht darauf nimmt, wen die Einziehung trifft — man denke nur an den Fall des Todes des Täters — und ferner, daß auch rein formell, prozessual, die Einziehung des § 42 sich gar nicht gegen eine bestimmte Person richtet. Eine Maßregel aber, welche zwar vom Strafrichter als Deliktsfolge verhängt wird, aber nicht gegen eine bestimmte, in den Formen des Strafprozesses zur Verantwortung gezogene Person, ist niemals Strafe.[1]) Dies anzunehmen, wäre ein Verstoß gegen die elementarsten Grundsätze unseres heutigen Strafrechts. Vielmehr gibt hier schon die formelle Gestaltung des Verfahrens (§ 42 in Verbindung mit St P.O. §§ 477 ff.), das sich überhaupt nicht gegen den Delinquenten richtet, dem materiellrechtlichen Gedanken juristisch prägnanten Ausdruck, daß es sich um kein dem Schuldigen als Strafe zugefügtes Uebel handeln kann. Es sind lediglich die betreffenden Gegenstände, auf die der Gesetzgeber in § 42 abzielt; die Person eines zu strafenden Schuldigen tritt prozessual wie materiellrechtlich völlig zurück. Wird ein solcher von der Einziehung als von einem Uebel getroffen, so ist dies eine dem Gesetzeswillen zwar nicht zuwiderlaufende, doch trotzdem nur akzidentale Wirkung.

Nun haben wir aber bei Betrachtung des § 40 gesehen, daß die nach dieser Bestimmung einzuziehenden Gegenstände durchaus nicht immer als gefährlich für die Zukunft erscheinen. Und wenn sie es in der Hand des Täters schon nicht sind, so werden sie es in wohl noch viel geringerem Grade sein, falls der Delinquent selbst die tatsächliche Verfügung über sie nicht hat, wie dies ja meist sein wird, wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person zwar nicht ausführbar, der betreffende Gegenstand aber trotzdem dem Gerichte zugänglich ist. Läßt sich also die Maßregel des § 42, die ja sicher nicht Strafe ist, aus dem Gesichtspunkt der Prävention erklären? Ich glaube diese Frage bejahen zu müssen, schon mit Rücksicht darauf, daß nach § 42, angewendet auf die Fälle des § 40, das Gericht die

[1]) Vgl. auch Schötensack S. 32.

Einziehung nur aussprechen kann, nicht aber muß; dieser Umstand wird hier stets dazu benützt werden, um den Grundsätzen der Prävention Anwendung zu verschaffen.[1]) Wenn ferner das Gericht einen Gegenstand — etwa ein productum sceleris — deswegen selbständig einzieht, weil schon sein Dasein im Verkehr mit der Rechtsordnung unvereinbar erscheint, so erfüllt es dadurch eine polizeiliche Funktion, die jedenfalls mit der Prävention in nächster Verwandtschaft steht. Demgemäß müssen wir der selbständigen Einziehung nach § 42 unbedingt den Charakter einer polizeilichen Maßregel wahren und zwar mit vorwiegend sichernder Tendenz.[2])

Von hier aus müssen wir nun nochmals unseren Blick auf § 40 zurückwenden. Denn es drängt sich der Einwand auf, daß, wenn unser Gesetzbuch die Einziehung dem Richter in genau

[1]) Hier ist zu bemerken, daß der Wortlaut des § 42: „so können die . . . Maßnahmen selbständig erkannt werden," keineswegs schlechthin das Erkennen auf selbständige Einziehung bzw. Unbrauchbarmachung ins Ermessen des Gerichtes stellen will. Vielmehr ist der logische Gegensatz zu den eben zitierten Worten in dem Satze des § 40 (bzw. § 41): Die Einziehung (bzw. Unbrauchbarmachung) „ist im Urteile auszusprechen" zu finden. Ob die selbständige Einziehung (bzw. Unbrauchbarmachung) obligatorisch oder fakultativ ist, wird also nicht durch diese Worte geregelt, richtet sich vielmehr danach, ob in den die näheren Voraussetzungen der Maßregel normierenden Paragraphen dieselbe obligatorisch oder fakultativ vorgeschrieben ist. Demnach findet die selbstständige Unbrauchbarmachung im Falle des § 41 obligatorisch statt, während die selbständige Einziehung nach § 40 im Ermessen des Richters liegt. In Fällen der letzteren Art ist jedoch auch das sonst durch § 152 Abs. II St.P.O. festgelegte Legalitätsprinzip der staatsanwaltschaftlichen Verfolgung durchbrochen, so daß es dann schon der Staatsanwalt in Händen hat, ob er das objektive Verfahren einleiten will oder nicht. Auch ihn werden da natürlich nur die Opportunitätsgründe der Prävention leiten. cf. Olshausen A. 9 zu § 42 und Ullmann, Lehrb. d. Strafprozeßrechts S. 573.

[2]) Interessant ist, daß auch die Einziehung im objektiven Verfahren unseres St.G.B. vereinzelt zivilrechtlich erklärt wird, nämlich von Dernburg, Preußisches Privatrecht III S. 289; im Anschluß an eine ältere, das preußische Recht betreffende Theorie hält er insbesondere die gegen den Nachlaß stattfindende Einziehung für den Ausfluß einer „dinglichen Last," welcher die Sache schon durch das Delikt unterworfen werde (Analogie des commissum!). Für das geltende Recht entbehrt eine solche Konstruktion aber jedenfalls der Grundlage. Sie hat auch, soviel ich sehe, keine Anhänger gefunden. cf. hierzu Köbner S. 42 f., bes. Anm. 4.

dem gleichen Umfang wie gegen den Schuldigen zur Verfügung stellt, falls die Verfolgung oder Verurteilung desselben nicht möglich ist, dies darauf schließen lasse, es komme dem Gesetze überhaupt nur auf die Einziehung als solche an, nicht aber auf eine durch sie herbeizuführende Bestrafung des Schuldigen. Da § 42 genau an die Voraussetzungen des § 40 gebunden ist, wären also §§ 40 und 42 nur die zwei Seiten ein und derselben rechtlichen Einrichtung, daher wäre es falsch, nur die eine Seite ohne Rücksicht auf die andere zu untersuchen; zusammen betrachtet könnte man also in der Einziehung nach den §§ 40 und 42 nur eine polizeiliche Maßregel sehen. In der Tat haben *Nissen* und *Köbner*[1]) ähnlich argumentiert. Ein solcher Gedankengang hat manches Bestechende. Wir müßten uns ihm auch anschließen, wenn seine Grundlagen richtig wären, daß nämlich §§ 40 und 42 ein und dasselbe Institut regeln und dem Gedanken Ausdruck verleihen, dem Gesetze komme es in erster Linie auf die confiscanda als solche an, die Wirkung auf den Schuldigen sei akzessorisch. Daß dem aber nicht so ist, ergibt § 40 mit seiner ausdrücklichen Beschränkung der Einziehung auf im Eigentum des Täters oder Teilnehmers stehende Gegenstände, welche Voraussetzung ja auch für § 42 gilt. Der Gedanke, den Schuldigen zu treffen, erscheint daher als der primäre.[2]) Man könnte darum vielleicht mit besserem Rechte noch als von § 42 auf § 40, sogar umgekehrt aus der Strafnatur des § 40 auf den rechtlichen Charakter der Einziehung nach § 42 schließen. Tatsächlich entbehrt aber jeder solche Schluß der inneren Notwendigkeit und führt nur dazu, entweder dem § 40 oder dem § 42 Zwang anzutun. Der Gesetzgeber hat uns nun einmal durch seine Regelung unseren Stoff geliefert; und an diesen uns unbedingt zu halten, ist die Vorbedingung aller weiteren Untersuchung. Das Gesetz aber

[1]) Nissen S. 84 f.; Köbner S. 45 ff. (cf. auch S. 31).

[2]) Von diesem Standpunkt aus gewinnt auch der Gedanke Glücksmanns (a. a. O. S. 22), die selbständige Einziehung sei eine der später nachfolgenden Hauptstrafe antizipierte Nebenstrafe, einen gewissen richtigen Kern. Derselbe kann uns jedoch nicht über das völlig Unhaltbare der Glücksmann'schen Konstruktion hinweghelfen. Unser geltendes Recht bietet keinen Anhaltspunkt für eine solche Theorie; eine „antizipierte Nebenstrafe" würde vielmehr dessen Grundsätzen unbedingt zuwiderlaufen.

bietet uns keinen Anhaltspunkt dafür, daß die von ihm getrennt behandelte Einziehung gegen den Täter oder Teilnehmer im Strafprozeß einerseits und selbständige Einziehung im objektiven Verfahren andrerseits nur zwei Erscheinungsformen eines solchen rechtlichen Gedankens sein müßten. Die Bindung des § 42 an die gleichen Voraussetzungen wie die des § 40 kann an dem Gesagten nichts ändern. Wenn daher *Köbner* (S. 45) die von *Olshausen* bez. des § 41 gebrauchten Worte: „es erscheint aber sehr bedenklich, in ein Institut einen Charakter der Duplizität hineinzutragen, der in der einheitlichen gesetzlichen Bestimmung, welche dasselbe regelt, keinerlei Ausdruck gefunden hat," auf unseren hier besprochenen Fall anwenden will, so möchte ich ihn fragen, wo er hier die „einheitliche gesetzliche Bestimmung," welche das Institut der Einziehung normiert, finden will. Ich sehe gerade in der gesetzlichen Regelung nach § 40 einerseits, § 42 andrerseits den deutlichen Ausdruck einer „Duplizität" des Instituts, die man also nicht erst in dasselbe hineinzutragen braucht.

Das entgegengesetzte Extrem wäre Bestreiten des inneren Zusammenhanges zwischen den §§ 40 und 42. Es besteht allerdings ein solcher, den in seiner vollen Tiefe erfaßt zu haben, ein Verdienst *Bindings* ist. Er sagt darüber (Handbuch I S. 496/7) unter der Ueberschrift: „Umwandlung des Strafrechts in ein Nichtstrafrecht": „Durch die Begehung einer Straftat, welche mit der Nebenstrafe der Konfiskation . . . bedroht ist, erlangt der Staat ein Recht auf die dem Schuldigen gehörigen Gegenstände, welche durch die strafbare Handlung hervorgebracht sind oder zu ihrer Begehung gebraucht oder bestimmt waren . . . . Diese Rechte entspringen lediglich strafbaren Handlungen; sie sind an erster Stelle Strafrechte, an zweiter dienen sie zu den polizeilichen Zwecken, dem Schuldigen die weitere Benutzung seiner verbrecherischen Werkzeuge unmöglich zu machen, den Geschädigten vor weiterem Schaden zu bewahren und die Produkte des Verbrechens zu beseitigen. Ihre letzte Funktion kann fortdauern, auch wenn ihre erste versagt. Und so bestimmt G.B. § 42 in durchaus zu billigender Weise: (folgt der Wortlaut des Paragraphen). Sie werden dann vom Straf-Richter als Folgen strafbarer Handlungen angeordnete Polizei-Maßregeln." — Ich denke, daß durch diesen Gedanken die beiden Paragraphen sogar weit besser er-

klärt und inniger verbunden werden, als dies irgend einer der erwähnten Versuche mit seinen mehr äußeren Argumenten vermag.

c) Die sogen. unterschiedslose Einziehung.

Soll nach § 40 und § 335 nur der verurteilte Delinquent von der Einziehung bzw. Verfallerklärung unmittelbar betroffen werden, so liegt die Sache anders bei den Fällen der sog. unterschiedslosen Einziehung. Unser St.G.B. — von den Nebengesetzen sei auch hier nicht die Rede — kennt nämlich in einer Reihe von Fällen eine strafrichterliche Einziehung von instrumenta bzw. producta und quaesita sceleris sowie von Delikts-Objekten, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben dem Verurteilten gehören oder nicht. Auch sonst unterscheiden sich diese, im besonderen Teile des St.G.B. enthaltenen Bestimmungen zum Teil nicht unwesentlich von der allgemeinen Regelung in den §§ 40 und 42. Wollen wir diese Fälle vorerst kurz betrachten!

Da befiehlt zunächst § 152 (in Verbindung mit § 151) die obligatorische Einziehung nachgemachten oder verfälschten[1]) Geldes, ferner der Stempel, Stiche, Siegel, Platten oder anderen zur Anfertigung von Metallgeld, Papiergeld oder dem letzteren gleich geachteten Papieren dienlichen Formen, welche zum Zwecke eines Münzverbrechens angeschafft oder angefertigt wurden; dieselbe hat Platz zu greifen „auch wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht stattfindet.“ Damit ist nicht nur gesagt, daß die Einziehung ohne Rücksicht auf das Eigentum des Schuldigen geschehen muß, sondern es ist auch ein dem § 42 analoges objektives Verfahren festgesetzt.[2]) Also handelt es sich um die denkbar schärfste Art richterlicher Einziehung; sie ist rein dinglich, auf die Person wird gar keine Rücksicht genommen.

[1]) Nicht gehört zu demselben verringertes Geld nach § 150; so auch die gem. Meinung. A. A. v. Liszt, Lehrb. S. 518 Anm. 7.

[2]) Hier ist zu bemerken, daß die Worte „auch wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht stattfindet,“ denen des § 42: „Ist . . . die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar,“ keineswegs gleichzustellen sind. Sie sind weitergehend als die letzteren; es genügt, daß aus irgend einem Grunde die Verfolgung oder Verurteilung tatsächlich nicht stattfindet, ohne Rücksicht darauf, ob sie ausführbar wäre oder nicht.

Anders bei der Einziehung nach § 295 St.G.B.; er bestimmt: „Neben der durch das Jagdvergehen verwirkten Strafe ist auf Einziehung des Gewehrs, des Jagdgeräts und der Hunde, welche der Täter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ingleichen der Schlingen, Netze, Fallen und anderen Vorrichtungen zu erkennen, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht." Also auch hier obligatorische Einziehung! — Dazu kommt dann § 296 a, wonach neben der gegen Ausländer wegen unbefugten Fischens in deutschen Küstengewässern erkannten Strafe „auf Einziehung der Fanggeräte, welche der Täter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat, ingleichen der in dem Fahrzeuge enthaltenen Fische" zu erkennen ist, ohne Unterschied, ob dieselben dem Verurteilten gehören oder nicht.

Hatten wir es bisher mit Verbrechen und Vergehen zu tun, so kennt unser Gesetzbuch eine Einziehung doch auch bei Uebertretungen. So kann (fakultativ!) zunächst nach § 360 neben der Strafe auf Einziehung von unbefugt aufgenommenen oder veröffentlichten Rissen von Festungen oder Festungswerken, von unbefugt aufgesammelten Vorräten an Waffen oder Schießbedarf, von unbefugt angefertigten oder verwendeten Stempeln, Siegeln, Stichen, Platten und gewissen anderen Formen, Abdrücken und Abbildungen, sowie endlich der bei verbotenem Glücksspiele auf dem Spieltisch oder in der Bank befindlichen Gelder erkannt werden. (§ 360 Ziff. 1, 2, 4, 5, 6 und 14 sowie Abs. II).

Dazu kommt § 367, der neben der Strafe des betr. Delikts die Einziehung von feilgehaltenen oder verkauften verfälschten bzw. verdorbenen Getränken oder Eßwaren, ferner von unbefugt gelegten Selbstgeschossen, Schlageisen und Fußangeln, sowie von verbotenen Waffen fakultativ zuläßt (§ 367 Ziff. 7—9 und Abs. II).

Endlich ist § 369 zu nennen, nach welchem vorschriftswidrige Maße, Gewichte, Waagen oder sonstige Meßwerkzeuge neben der nach Ziff. 2 wegen Uebertretung der Maß- und Gewichtspolizei erkannten Strafe eingezogen werden müssen.[1])

[1]) Es ist sehr bestritten, ob § 369 überhaupt hierher zu rechnen sei. Denn während in den übrigen Fällen unterschiedsloser Einziehung das Gesetz es ausdrücklich sagt, daß die betr. Gegenstände eingezogen werden sollen, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht (cf. §§ 360, 367, 295, 296 a sowie die zahlreichen Nebengesetze [Vorberg S. 19 ff.]; auch § 152 drückt

Um zu finden, welche Gesichtspunkte das Gesetz bei diesen Fällen der Einziehung leiten, müssen wir zunächst die einzuziehenden Gegenstände einer näheren Betrachtung unterziehen. Wir können sie in verschiedene Gruppen teilen.

Da ist § 152 mit seiner so scharf ausgebildeten obligatorischen Einziehung. Es ist schon oben gesagt worden, daß es absolut gefährliche Gegenstände nicht gibt. Trotzdem bestehen selbstverständlich Unterschiede in der Gefährlichkeit von Gegenständen für die Rechtsordnung, je nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit ihrer rechtswidrigen Verwendung. Wir haben ferner gesehen, daß es Sachen gibt, deren bloßes Dasein im Verkehr wegen des deliktischen Ursprungs einen Widerspruch mit der Rechtsordnung aufweist, also ohne Rücksicht darauf, ob die einzelne künftige Benützung auch ein konkretes Delikt darstellt oder nicht. Besonders die producta sceleris gehören hierher. Es ist nun klar, daß dieser letztere Gesichtspunkt sich mit dem der Gefährlichkeit für die Zukunft kreuzen kann; d. h. ein Gegenstand, dem schon sein rechtswidriger Ursprung einen Makel aufgedrückt hat, kann derart beschaffen sein, daß in der Tat auch seine Verwendung zu konkreten künftigen Delikten zu befürchten ist. Mit anderen Worten: ein productum sceleris kann allerdings im einzelnen Falle als wahrscheinliches instrumentum künftiger Rechtsverletzungen erscheinen, wie dies *Köbner* a. a. O. irrtümlich bezüglich sämtlicher producta sceleris annimmt. Um

sich unzweideutig aus), fehlt eine solche ausdrückliche Bestimmung bei § 369. Daraus schließen Manche (Vorberg S. 23, Köbner S. 35, Frank N. V, Oppenhoff N. 25, 26 zu § 369) e contrario, daß die Einziehung sich hier nur auf dem Verurteilten gehörige Gegenstände erstrecke. Beachtlich scheint mir vor allem die Erwägung, daß eine für das Strafrecht an sich so abnorme Maßregel, wie der richterliche Eingriff in das Privateigentum nicht zu Strafe Verurteilter es ist, doch nur da Platz greifen dürfe, wo der Gesetzgeber seinen dahingehenden Willen expressis verbis dargetan habe. Zwingend ist jedoch dieses Argument keineswegs. Es ist im Gegenteil aus dem Wortlaut des Paragraphen, der die Einziehung – im Gegensatz zur Regel — als obligatorisch vorschreibt, ohne eine Einschränkung zu statuieren, das Vorliegen eines Falles unterschiedsloser Einziehung zu entnehmen. Auch mit dem allgemein polizeilichen Charakter dieser ganzen Strafbestimmung, wie wir ihn gleich kennen lernen werden, deckt sich dieses Resultat. Uebereinstimmend Olshausen Note f zu § 369 Z. 2; Binding, Lehrb. II, S. 338, Berner, Lehrb. S. 233.

derartige Gegenstände handelt es sich nun größtenteils in § 152,[1]) und zwar um solche, deren Gefährlichkeit sogar eine sehr große, eine allgemeine ist. Die Wahrscheinlichkeit, daß diese Sachen zu Delikten verwendet werden, beschränkt sich nicht auf den Fall, daß sie in den Händen des Täters des die Veranlassung strafrechtlichen Einschreitens bildenden Verbrechens bleiben; auch in den Händen dritter befürchtet das Gesetz eine deliktische Verwendung derselben; und das mit Recht. Dazu kommt der Makel des nachgemachten oder verfälschten Geldes als „Truggut," der überhaupt von der konkreten Verwendung, also auch von der Person des Inhabers, unabhängig haften bleibt. Daher die scharfe Form der Einziehung nach § 152. Sie entspricht dem allgemeinen hohen Wert, den unser Recht der Integrität des Verkehrs in Geld und Geldsurrogaten beilegt und der sich in den Strafdrohungen auf auch nur entfernte mögliche Vorbereitungshandlungen hierher gehöriger Delikte kundgibt. Darum werden nicht nur nachgemachtes oder verfälschtes Geld sowie die zum Zwecke eines Münzdelikts angeschafften oder angefertigten Formen des § 151 — bei denen die Eigenschaft als präsumptive instrumenta delicti besonders deutlich zu Tage tritt — eingezogen, sondern ebenfalls die im § 360 Ziff. 4, 5 und 6 genannten Gegenstände. Es ist klar, daß die hier aufgestellten Strafbestimmungen selbst nur präventiven Zweck haben. Um jede Möglichkeit eines durch Fälschung von Geld, Geldsurrogaten und anderen für den öffentlichen Verkehr wichtigen Papieren begangenen Delikts fern zu halten, stellt der Gesetzgeber gewisse, an sich vielleicht völlig harmlose Handlungen, welche nach seiner Ansicht zur Vorbereitung von Verbrechen dienen könnten, unter Strafdrohung. Es wird, wie *Binding* (Normen I S. 403 Anm.) sagt, die mögliche Vorbereitungs- bzw. Gehilfenhandlung bedroht. Also nicht etwa nur die Einziehung, sondern die ganze Aufstellung eines Strafgesetzes läßt sich hier nicht durch die Bedeutung der betreffenden Handlung an sich für die Rechtsordnung rechtfertigen, sondern durch die gefürchtete

[1]) Eigentliche producta sceleris sind nur das nachgemachte od. verfälschte Geld nach § 146. Mit Bezug auf die Verbrechen der §§ 147, 148 ist das nachgemachte oder verfälschte Geld Objekt des Delikts. Auch die Gegenstände des § 151 sind, soweit das Delikt in deren Anschaffung besteht, Objekte und nicht Produkte desselben.

Beziehung derselben auf ein anderes künftiges Delikt, durch ihre sogen. abstrakte Gefährlichkeit. Dazu kommt noch (besond. bei Ziff. 6) die allgemeine Rücksicht auf die Integrität des Münzwesens, auch wenn sie nicht gerade durch deliktische Handlungen gefährdet würde, sondern etwa durch das bloße Vorhandensein von Papieren etc., die durch ihre Beschaffenheit zu Verwechslungen mit Wertzeichen führen und so die Sicherheit des Verkehrs in solchen in Frage stellen könnten.

Eine solche präventive Bedeutung der Strafdrohung, deren legislatorisches Motiv die sog. abstrakte Gefährlichkeit einer Handlung bildet, entspricht überhaupt dem Wesen der meisten vom St.G.B. als Uebertretungen unter Strafe gestellten Handlungen.[1]) Aus ähnlichen, wie den eben erwähnten Gründen, finden wir, auch abgesehen von den zu den „Verbrechen wider Beweismittel und Beglaubigungszeichen“ *(Binding)* gehörigen Uebertretungen, die Einziehung neben der Strafe des § 360 Ziff. 1 und 2, des § 367 Ziff. 7, 8 und 9 und des § 369 Ziff. 2.

In naher Verwandtschaft zu den zuletzt genannten Fällen steht zunächst § 369 Ziff. 2. Es handelt sich da um ein Delikt gegen die Maß- und Gewichtspolizei: Maßgebend ist insbesondere der Gesichtspunkt der Sicherung des Verkehrs und auch der Verhütung einer möglichen Vorbereitungshandlung bzw. Gehilfenhandlung zum Betrug.[2]) [3])

[1]) Es ist hier nicht der Ort, prinzipiell auf die Bedeutung des sog. Polizei-Unrechts und seine Abgrenzung vom kriminellen Unrecht, sowie auf die anschließende Frage nach der Natur der darauf gesetzten Strafe einzugehen. Ich verweise hier auf die grundlegenden Untersuchungen in Bindings Normen, insbes. Bd. I § 54 („der einfache Ungehorsam“), dazu auch § 53 („das Gefährdungsdelikt“) sowie § 48. — Nach geltendem Recht jedenfalls ist der Unterschied zwischen kriminellem Unrecht und Polizei-Unrecht durch die Mit-Regelung von Polizei-Delikten in den Uebertretungen des R.St.G.B. völlig verwischt. Das Polizei-Unrecht ist nach dem G.B. echtes Unrecht, dessen Strafen sind von den kriminellen Strafen prinzipiell nicht verschieden. cf. auch v. Liszt, Lehrb. § 58 V u. § 26 III (hier auch Literaturangabe).

[2]) Zu beachten, daß die betr. Gegenstände zum Gebrauch geeignet sein müssen. Andrerseits ist zu dem Delikte der tatsächliche Gebrauch nicht erforderlich, es genügt das Vorgefundenwerden der Gegenstände; immerhin ist auch da ein Verschulden Voraussetzung; s. Olshausen A. b zu Ziff. 2 von § 369.

[3]) Obwohl die Einziehung hier, wie wir im Einzelnen noch sehen werden, eine polizeiliche Maßregel ist, darf sie doch nicht unterbleiben, wenn auch die

Besonders allgemein (absolut) gefährlich erscheinen die verdorbenen oder verfälschten Getränke oder Eßwaren des § 367 Ziff. 7 (ausdrücklich erwähnt ist trichinenhaltiges Fleisch).[1]) Hier tritt auch der verwaltungsrechtliche Gesichtspunkt besonders stark hervor. Denn die Gefahr, welche diese Sachen begründen, ist eine rein tatsächliche, keine an sich strafrechtliche, d. h. die Schädigung der Gesundheit, welche befürchtet wird, braucht nicht durch eine strafbare Handlung zu geschehen. Die Eßwaren etc. sind daher zwar gefährliche Gegenstände, aber keineswegs instrumenta künftigen Delikts. Auch unter den Begriff der producta sceleris lassen sie sich naturgemäß nicht subsumieren. Dagegen sind sie Objekte der Uebertretung des § 367 Z. 7. Ihre Gefährlichkeit bildet den legislatorischen Ausgangspunkt; nur mit Rücksicht auf sie werden die in Bezug auf jene Gegenstände vorgenommenen Handlungen des Feilbietens und Verkaufens, welche eine Schädigung menschlicher Gesundheit besonders nahe in den Bereich der Möglichkeit rücken, unter Strafe gestellt. Zugleich ist die Einziehung statthaft. — Aehnliches gilt betreffs des nach § 367 Ziff. 8 und 9 unter Strafe gestellten Verhaltens. Selbstgeschosse, Schlageisen und Fußangeln[2]), an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten angebracht, bilden gewiß eine allgemeine tatsächliche Gefahr für Leib und Leben. Darum ist polizeiliche Erlaubnis zu diesem Anbringen erforderlich und wird

ursprüngliche Fehlerhaftigkeit bzw. Vorschriftswidrigkeit der Meßwerkzeuge zur Zeit des Urteils wieder aufgehoben sein sollte. Denn nach dem Gesetze darf das Gericht nur die Umstände zur Zeit des Vorgefundenwerdens der betr. Gegenstände, als des hier für das Strafurteil relevanten Moments, berücksichtigen. Es ist dies also eine Konsequenz der Uebertragung dieser polizeilichen Maßregel an den Strafrichter. Vom rein polizeilichen Standpunkt aus müßte ja bei Wegfall des Grundes der betr. Maßnahme auch diese selbst entfallen. S. Olshausen N. f zu § 369 Z. 2.

[1]) Da nunmehr schon das Nahrungsmittelgesetz vom 14. Mai 1879 in §§ 10 u. 11 jeden mit Strafe bedroht, der wissentlich oder fahrlässig „Nahrungs- oder Genußmittel, welche verdorben oder nachgemacht oder verfälscht sind, unter Verschweigung dieses Umstandes verkauft oder unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung feilhält," so hat, wie auch die herrschende Meinung annimmt, § 367 Z. 7 nur mehr subsidiäre Bedeutung. Damit ist sein Geltungsbereich auf den Fall beschränkt, daß der Täter die betreffenden Eigenschaften der Ware zwar kundgibt, dieselbe aber trotzdem feilhält oder verkauft.

[2]) Die in § 367 Ziff. 8 genannten Feuergewehre oder anderen Schießwerkzeuge unterliegen, da in Abs. II nicht ausdrücklich erwähnt, auch nicht der Einziehung.

das Anlegen ohne dieselbe mit Strafe und Einziehung bedroht. — Die Gefahr deliktischer Verwendung tritt wieder stärker hervor bei in Stöcken etc. versteckten Waffen; um den (landes)gesetzlichen das Feilhalten oder mit sich Führen solcher Waffen verbietenden Normen Geltung zu verschaffen, wurde die Pönalisierung nach § 367 Ziff. 9 (und die Einziehung) aufgenommen.

Eine Handlung gegen die Verwaltung des Kriegswesens *(v. Liszt)* stellt § 360 Ziff. 1 dar. Unbefugte Aufnahme oder Veröffentlichung von Rissen von Festungswerken bildet eine Gefährdung der staatlichen Wehrkraft. Die Risse können ohne Zutun des Betreffenden einer fremden Macht in die Hände fallen. Doch auch die Verwendung zu landesverräterischen Unternehmungen, insbesondere Geheimnisverrat, ist nicht ausgeschlossen; es wird dann die mögliche Vorbereitungshandlung bedroht; nicht aber ist dieser Fall an sich schon als Vorbereitungshandlung eines solchen Delikts aufzufassen. — Daher das rein polizeilichen Charakter tragende Verbot des § 360 Ziff. 1. Diese Risse sind also producta sceleris, die eventuell zu instrumenta werden können, jedoch auch ohne dies dem Staate gefährlich erscheinen.[1])

Objekte eines Delikts sind endlich die Waffen oder der Schießbedarf, der unbefugter Weise nach § 360 Ziff. 2 angesammelt ist. Auch da haben wir es mit einem sog. Polizeidelikt zu tun, das der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit halber statuiert ist. Wiederum die Rücksicht auf Vermeidung von Handlungen, die sich möglicherweise als Vorstufen zu Verbrechen, hier insbesondere zu hochverräterischen und landesverräterischen Unternehmungen etc., herausstellen könnten, doch auch allgemeiner Schutz vor einer Gefährdung des öffentlichen Friedens ist das Motiv dieser Strafdrohung.[2])

[1]) Besteht die Uebertretung im Veröffentlichen der Risse, so sind diese die Objekte der ersteren.

[2]) Obwohl es sich bei den meisten der genannten Uebertretungen um Gegenstände handelt, die auch ohne Rücksicht auf ihre konkrete Beziehung zu einem verübten Delikt gefährlich sind, bei denen sogar, im Gegensatz zu den normalen Fällen, das Delikt nur wegen der Gefährlichkeit der betreffenden Gegenstände aufgestellt wurde, darf doch die Einziehung nur im Anschluß an die Aburteilung wegen der betreffenden strafbaren Handlung eintreten. Die Anknüpfung an die Begehung eines Delikts ist natürlich nur eine Konsequenz der Normierung dieser Konfiskation im St.G.B. Anders verhält es sich

Haben wir in diesen Fällen die Einziehung im Zusammenhang mit sog. Polizeidelikten gesehen, so tritt sie in § 295 wieder in ein anderes Gebiet. Hier haben wir wieder den normalen Fall eines Vergehens, dessen instrumenta einzuziehen sind.[1]) Warum? Eine unbedingte Gefährlichkeit wohnt den hier genannten Gegenständen nicht inne. Von den Netzen, Schlingen etc. ganz abgesehen, kann man auch bei den Gewehren nicht davon sprechen. Vielmehr ist es der spezifische Zusammenhang mit der Person des Delinquenten, welcher die Gefahr involviert; es ist wahrscheinlich, oder wenigstens vom Gesetzgeber als wahrscheinlich angenommen, daß der Wilderer das einmal gebrauchte Gewehr oder sonstige Jagdgeräte auch weiter zu unerlaubtem Tun benutzen werde. In dem Besitz desselben liegt sogar ein Ansporn für ihn, wieder rückfällig zu werden. Dies ist also ein entschieden präventiver Gesichtspunkt. Andrerseits wird der Verlust des Jagdgeräts für den leidenschaftlichen Jäger auch ein empfindliches Uebel darstellen. Nun berücksichtigt aber hier das Gesetz das Eigentum der betr. Gegenstände gar nicht, es kommt lediglich auf das Beisichführen bzw. Gebrauchen durch den Schuldigen, also auf ein rein tatsächliches Verhältnis an. Dazu Stellung zu nehmen, wird im Folgenden unsere Aufgabe sein. Es sei nur vorläufig bemerkt, daß der Grund, warum hier der Gesetzgeber auch an dem Delikt nicht unmittelbar Beteiligte nicht schont, der ist, dem sonst nicht beizukommenden stetigen Leihen von Jagdgeräten, insbesondere Gewehren, zu steuern.

Nachgebildet ist dem § 295 durch die Novelle von 1876 der § 296a Abs. II bezüglich der Fanggeräte, welche der unbefugt

bezüglich der Bindung an die Aburteilung. Hier wäre es gewiß am Platze, ein objektives Verfahren gemäß § 42 zuzulassen. Daß § 42 nicht angewendet werden kann, wurde schon gesagt. Auch nicht infolge einer etwaigen Konkurrenz von § 40, da dieser nur bei Verbrechen und Vergehen, nicht aber bei Uebertretungen Platz greift.

Ferner sei hier bemerkt, daß da, wo in diesen Fällen die Einziehung eine nur fakultative ist, dies vor allem dazu dienen wird, um den zum Teil sehr weit gehenden Gefahr-Präsumptionen des Gesetzgebers da die Spitze abzubrechen, wo sie in concreto nicht gerechtfertigt erscheinen und ihre ausnahmslose Durchführung eventuell Härten mit sich bringen müßte.

[1]) Daß sie tatsächlich gebraucht wurden, ist bezüglich des Gewehres, des Jagdgerätes und der Hunde nicht nötig, es genügt hier das bei sich Führen.

in deutschen Küstengewässern fischende Ausländer bei sich geführt hat. Dazu kommt hier die Einziehung der in dem Fahrzeug enthaltenen Fische. Damit sind wir bei einer weiteren Gruppe der ohne Rücksicht auf das Eigentum einzuziehenden Gegenstände angelangt. Diese Fische sind quaesita sceleris (nicht producta!), sind eine unrechtmäßige Beute, nahe verwandt mit dem lucrum turpe des § 335.[1]) — Hierher gehören dann endlich die bei unerlaubtem öffentlichen Glücksspiel nach § 360 Z. 14 einzuziehenden auf dem Spieltische oder in der Bank befindlichen Gelder. Diese stehen in besonders losem Zusammenhange mit dem Delikte, um dessentwillen sie konfisziert werden. Denn dieses begeht der Spielhalter eben durch das Abhalten des Glücksspieles. Die Gelder sind nun weder notwendig Mittel seines Delikts, noch quaesita desselben. Während also z. B. bei § 295 der Täter, auch wenn er nicht Eigentümer der Jagdgeräte ist, doch durch deren Gebrauch als Mittel und Werkzeuge in eine innere Beziehung zu denselben tritt, ist dies hier nicht der Fall. Die Konfiskation nach § 360 Ziff. 14 richtet sich also unmittelbar gegen den Eigentümer des Geldes, d. h. eventuell den Mitspielenden.

Wir haben im Vorangehenden die Einziehung mehrmals bei sogen. Polizei-Delikten angewandt gesehen: Betrachten wir diese Fälle für sich, so drängt sich die Frage auf, ob wir die schon genannte präventive Tendenz, welche den Gesetzgeber zur Schaffung der betreffenden Bestimmungen überhaupt bewogen hat, ohne

[1]) Zum Verständnis dieser Bestimmung, insbesond. wenn man sie mit §§ 295, 296 vergleicht, ist noch folgender Gesichtspunkt heranzuziehen: Eine derartige Vorschrift bez. der Vindikation der rechtswidrig erlangten Beute ist nur bei der Meeresfischerei überhaupt nötig, da hier niemand ein besonderes Recht auf deren Ertrag hat, während bei §§ 295 u. 296 das Aneignungsrecht des Jagd- bzw. Fischereiberechtigten in Frage kommt, auf Grund dessen die Vindikation der betr. quaesita sceleris möglich ist. Bei §§ 295, 296 würde der Staat durch Vindikation der betr. Gegenstände sogar direkt den Aneignungsberechtigten verletzen. Gegen diesen, und nicht gegen den Delinquenten, der an seiner Beute hier ja gar kein Eigentum erwerben kann (§ 958 B.G.B.), würde sich überhaupt juristisch die Einziehung richten. cf. Olshausen N. 7 zu § 296 a u. Köbner S. 20. — Uebrigens sei hier bemerkt, daß eine dem § 295 analoge Bestimmung bei § 296 (unbefugtes Fischen) überhaupt fehlt, auch bez. der instrumenta sceleris.

weiteres zur Erklärung der Natur gerade der dort zulässigen Einziehung heranziehen dürfen. Ohne weiteres wäre ein solches Vorgehen gewiß nicht angängig. Denn wir haben an sich nicht zu untersuchen, wie der Gesetzgeber gerade zur Aufstellung dieses oder jenes Delikts gekommen ist, ob die betreffende Handlung um ihrer selbst, d. h. der in ihr unmittelbar gelegenen Rechtsgüterverletzung- oder Gefährdung willen verboten und unter Strafe gestellt ist, oder ob sie an sich für die Rechtsordnung indifferent und nur wegen der durch sie begründeten mehr oder minder entfernten Möglichkeit einer Rechtsgüterverletzung verboten ist. Uns genügt im allgemeinen, daß sie durch das Gesetz zum Delikt gestempelt ist. Für unsere Frage nach dem rechtlichen Charakter der Deliktsfolgen hat die Frage nach dem konkreten Grund der Statuierung einer Deliktsnorm durch den Gesetzgeber also für gewöhnlich auszuscheiden; wir müssen lediglich jene Folgen in ihrer Beziehung zu der nun einmal — gleichviel aus welchem Grunde — gegebenen strafbaren Handlung untersuchen. Aus diesen legislatorischen Gründen der Normaufstellung darf somit nicht ohne weiteres auf die Natur der konkreten an ihre Uebertretung geknüpften Maßregeln gefolgert werden. — Gerade bei den für uns hier in Betracht kommenden mit Einziehung bedrohten Polizei-Delikten liegt die Sache aber doch etwas anders. Denn hier bildet, wie wir oben gesehen haben, gerade die Gefährlichkeit der Gegenstände, auf welche sich die Einziehung bezieht, direkt den Angelpunkt, die causa der ganzen Bestimmung; da ist es doch klar, daß aus dem gleichen Gesichtspunkt der Gefährlichkeit auch diese Einziehung der betr. Gegenstände geboten erscheint. Mag sie also im einzelnen Fall ausgestaltet sein wie sie will, sicher ist es, daß ihr in jenen Fällen eine ganz besonders starke präventive Tendenz beigegeben ist. — Trotzdem rechtfertigt es sich für unsere Abhandlung nicht, die Einziehung bei den Polizei-Delikten prinzipiell von der sonst vorkommenden zu trennen. Denn jene präventive Tendenz braucht nicht apriori für die Stellung der betreffenden Einziehung allein maßgebend zu sein. Da letztere vielmehr in ihrer formellen Ausgestaltung doch zunächst als bloße Folge einer nun einmal gegebenen strafbaren Handlung erscheint, könnte sie ja nach ihrem formellen Verhältnis zu dieser als wirkliche Strafe ausgebaut sein.

Daß der Gesetzgeber sich dadurch in bedenkliche Widersprüche mit seiner hier sonst maßgebenden Idee setzen würde, ist eine Sache für sich. Es muß also auch da noch untersucht werden, ob die Einziehung dem Geiste der Bestimmungen nach polizeipräventiv oder doch vielleicht strafrechtlich gebildet ist.

Damit kommen wir zu dem Ausgangspunkte dieses Abschnittes zurück, nämlich zur Frage nach der Bedeutung des Umstandes, daß die Einziehung nicht auf das Eigentum des verurteilten Schuldigen beschränkt ist. Die Stellungnahme hierzu wird für uns bei der Bestimmung des Charakters der Einziehung in den genannten Verbrechens- und Vergehens- wie auch in den Uebertretungs-Fällen wohl ausschlaggebend sein und die sonst zwischen diesen bestehenden Unterschiede in den Hintergrund drängen. Denn es ist klar, daß, ebenso wie wir die Einziehung überall da, wo sie lediglich den Schuldigen treffen will, als Strafe auffassen mußten, ebensosehr die unterschiedslose Einziehung dem Strafcharakter zunächst widerspricht; von unserem Begriff der Strafe aus müssen wir vorläufig jedenfalls sagen, daß überall da, wo die Einziehung einen unbeteiligten Dritten als Eigentümer der Sache trifft, sie nicht Strafe sein kann. Dieser Satz ist ja völlig selbstverständlich und wird auch kaum bestritten. Nur frägt es sich eben, ob dessen Voraussetzung hier vorliegt, d. h. ob nicht etwa trotz der Nichtberücksichtigung des Eigentums das Uebel der Einziehung doch stets den schuldigen Täter trifft, wenn nicht unmittelbar, so wenigstens mittelbar. In der Tat konstruiert so *Glücksmann* (a. a. O. S. 17), mit Rücksicht auf die dem Täter gegenüber dem unschuldig betroffenen Eigentümer obliegende Ersatzpflicht. Mit Recht weist aber dem gegenüber *Schötensack* (a. a. O. S. 19) energisch auf den tiefgehenden prinzipiellen Unterschied hin, der zwischen Strafzwang und Erfüllungszwang, zwischen Strafe und Schadensersatz besteht. Es bleibt also nur die Möglichkeit, ohne Rücksicht auf eventuelle zivilrechtliche Folgen und Weiterungen die Einziehung lediglich in ihrer Wirkung auf den unmittelbar Betroffenen zu betrachten und danach ihren Charakter zu bestimmen. Und von diesem Gesichtspunkt aus ist in den Fällen, wo der Gesetzgeber bewußtermaßen in das Eigentum eines Dritten eingreift, der in keiner kriminellen, strafprozessual festgestellten Beziehung zum betreffenden Delikte steht, die Straf-

natur dieser Maßregel schlechthin zu verneinen. Also auch wenn der Eigentümer der Sache zwar tatsächlich Gehilfe des Verbrechers ist, aber nicht als solcher zur Verantwortung gezogen und verurteilt wird, ist die Einziehung keine Strafe. Wir haben somit zunächst das Resultat: da, wo die unterschiedslose Einziehung nicht unmittelbar den verurteilten Täter oder Teilnehmer als Eigentümer trifft, ist sie nicht Strafe.[1]) Wie aber nun, wenn der zu Strafe Verurteilte selbst der Eigentümer ist? Daß die den Schuldigen treffende Einziehung an sich Strafe sein kann, hat die Betrachtung des § 40 ergeben. Wir können jedoch die Anwendbarkeit dieser Möglichkeit auf unseren Fall nicht prüfen, ohne vorher zu der prinzipiellen Frage Stellung genommen zu haben: ist es überhaupt zulässig, in die hier in Frage stehende Materie zwiespältigen Charakter zu tragen, oder ist die unterschiedslose Einziehung vom Gesetz derart als einheitliches Institut normiert, daß wir sie unbedingt aus einem einheitlichen Gesichtspunkt heraus auffassen müssen?[2]) Mir scheint das letztere geboten zu sein und ich kann mich nur vollständig den Worten *Ölshausens* anschließen, wenn er, auch bezüglich dieser Fälle sagt: „Es erscheint aber sehr bedenklich, in ein Institut einen Charakter der Duplizität hineinzutragen, der in der einheitlichen gesetzlichen Bestimmung, welche dasselbe regelt, keinen Ausdruck gefunden hat.“ Wenn dem gegenüber *Schötensack* (S. 18) erwidert: „Nun

---

[1]) Worum es sich in diesen Fällen handelt, wird weiter unten zu erörtern sein. Dort wird auch auf die Frage nach einer eventuellen Strafe ohne Schuld zurückzukommen sein. Hier sei nur soviel bemerkt, daß, soweit wir etwa einen solchen Rechtsgedanken als vorhanden erkennen sollten, es sich nur um eine singuläre, der genauen Untersuchung bedürftige Erscheinung handeln kann; denn Schuld und Strafe stehen für das heutige Rechtsbewußtsein in einem so untrennbaren Zusammenhang, eine sog. Strafe ohne Schuld erscheint als eine derartige Abnormität, daß nur ganz besonders starke außerhalb des Strafbegriffs liegende Rücksichten, z. B. solche der Sicherung, eine solche rechtfertigen können.

[2]) Wir müssen von den gesetzlichen Bestimmungen ausgehen. Diese zeigen keinerlei Duplizität der die unterschiedslose Einziehung beherrschenden Grundsätze. Dieser Umstand berechtigt, ja zwingt uns sogar dazu, die Frage nach der Zulässigkeit einer systematischen Spaltung des insofern einheitlich normierten Instituts an die Spitze zu stellen und erst nach ihrer Beantwortung von dem durch dieselbe gewonnenen formellen Standpunkt aus die eigentliche Natur der unterschiedslosen Einziehung zu untersuchen.

ist es aber doch wohl gerade eine der ersten Aufgaben unserer Wissenschaft, zu untersuchen, ob die Rechtsgedanken, die der Gesetzgeber in einheitliche Formen gegossen hat, auch wirklich wesensgleich oder von verschiedenem Rechtsgehalte sind, . . .“ so ist dies Prinzip an sich gewiß richtig. Doch darf uns das Bestreben, die heterogenen Bestandteile eines scheinbar einheitlichen Instituts kritisch zu scheiden, nicht in den anderen Fehler führen, die vorhandenen einigenden Momente zu vernachlässigen. Denn das Gesetz ist nun einmal der uns gegebene Stoff und die einheitliche Form erscheint da wohl auch als Symptom eines einheitlichen Rechtsgedankens. Daß noch andere, und zwar trennende Gedanken mit im Spiele sind, ist damit natürlich keineswegs verneint. Gewiß ist es nun ein trennendes Moment, daß die Einziehung überhaupt sowohl den Verurteilten, wie den Unbeteiligten ohne Unterschied trifft. Trotzdem überwiegt jedoch meiner Ansicht nach das Einheitliche, so daß allein mit Rücksicht auf jenen Unterschied eine systematische Zerreißung der Maßregel in zwei aus ganz verschiedenen Rechtsgedanken hervorgehende Institute nicht zulässig ist. Denn die Einziehung ist nun einmal hier — im Gegensatz zu §§ 40 und 42 — in vollkommen einheitlicher Weise geregelt, ohne Unterschied, wen sie in concreto trifft. Für den Gesetzgeber wie für den Richter ist es völlig zufällig, ob die Maßregel hier für den Verurteilten, dort für einen Unbeteiligten ein Uebel bedeutet. Nach außen tritt dies gar nicht hervor. Angesichts dessen widerstrebt es mir, jener Maßregel rein nach ihrer zufälligen Wirkung eine komplett verschiedene systematische Stellung einzuräumen. Dies geschieht aber, wenn man die den Verurteilten als Eigentümer treffende Einziehung schlechthin als Strafe, die einen Anderen treffende schlechthin als polizeiliche Maßregel auffaßt; denn Strafe und sichernde Maßregel stehen insoweit in diametralem Gegensatz. Es frägt sich also, welcher einheitliche Gesichtspunkt als herrschend bezeichnet werden kann. Da ergeben sich denn wieder verschiedene Möglichkeiten.

Wir haben oben gesehen, daß erstens die nicht den Verurteilten treffende Einziehung nicht Strafe ist und zweitens die unterschiedslose Einziehung aus einheitlichen Gedanken heraus erfaßt werden muß. Es wäre nun aber voreilig, aus diesen zwei

Prämissen schlechthin zu folgern, daß die unterschiedslose Einziehung einfach polizeiliche Maßregel sein müsse. Zwar enthält eine solche Erklärung meiner Ansicht nach keinen Widerspruch. Daß spezialpräventive Gedanken bei der unterschiedslosen Einziehung eine große Rolle spielen, hat, wie ich glaube, schon die Uebersicht der Fälle, in denen sie vorkommt, deutlich gezeigt und wird wohl auch von Niemandem bestritten werden. Betrachten wir nun die nicht den Verurteilten treffende Einziehung schlechthin als sichernde Maßnahme, so zwingt uns die eben geforderte Einheitlichkeit, dann auch dem anderen Gliede des Instituts diesen Charakter zu vindizieren.[1]) Man kann sogar sagen, daß das Gesetz, eben indem es ganz dem Zufall der konkreten Sachlage überläßt, wen das Uebel treffen soll, dokumentiert, es komme ihm überhaupt nicht darauf an, eine bestimmte Person in ihrem Eigentum zu treffen, sondern lediglich die betreffenden von ihm für gefährlich erachteten Gegenstände zu erlangen; nur das gefahrbegründende faktische Verhältnis einer Person zu einer Sache solle gebrochen werden, die Eigentumsverletzung sei eine nur akzessorische, freilich unvermeidliche Nebenwirkung. — Insbesondere für § 152 möchte ich diesen Gesichtspunkt unbedingt in den Vordergrund stellen, besonders da dieser Paragraph die Einziehung nicht nur ohne Rücksicht auf das Eigentum, sondern auch ohne Rücksicht auf die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person eintreten läßt.[2]) Sie ist hier sozusagen eine

[1]) Wir haben es oben abgelehnt, aus der präventiven Natur des § 42 rückschließend auch für § 40 den Strafcharakter zu leugnen. Nun könnte es scheinen, als ob wir den gleichen Fehler, den wir dort bekämpft, hier selbst begingen. In der Tat ist dem aber nicht so. Denn während die Maßregeln der §§ 40 und 42 durchaus keine derartige innere Einheit darstellen, daß man sie unbedingt als einheitliches Institut betrachten müßte, jener Schluß also dort etwas rein Willkürliches hat, ist er hier, wie oben gezeigt, nur eine notwendige Folgerung aus der Einheitlichkeit unserer Maßregel.

[2]) Olshausen N. 3 zu § 152 konstruiert im Gegensatz zu seiner sonstigen Auffassung der unterschiedslosen Einziehung als reiner Polizei-Maßregel § 152 völlig nach Analogie der §§ 40 und 42; d. h. sie erscheint ihm als Strafe bei Erkennung gegen den Verurteilten, als polizeiliche Maßregel, wenn sie im objektiven Verfahren verhängt wird. Zweifellos hat ihn zu dieser Auffassung das nach § 152 zulässige objektive Verfahren verleitet. Infolge dessen beachtet er aber nicht genügend, daß auch da, wo die Einziehung im Strafurteile erscheint, sie ohne Rücksicht darauf ergeht, wen sie trifft. Und gerade dieses

rein dingliche.[1]) — Tatsächlich ist denn auch in der Literatur die Ansicht, die unterschiedslose Einziehung sei reine Polizei-Maßregel, weit verbreitet.[2]) [3])

letztere Moment scheint mir für unsere Frage von weit einschneidenderer Bedeutung zu sein als die Zulassung eines objektiven Verfahrens. Letzteres muß immer als polizeiliche Maßregel erscheinen; es hat auch an sich keinen Einfluß auf den Charakter der persönlichen Einziehung, zu der es, selbst wenn es in der gleichen Gesetzesstelle wie dieses angeordnet ist, nur äußerlich hinzutritt. Vielmehr kommt es bei dieser persönlichen Einziehung lediglich auf deren eigenes Wesen an, also darauf, wen sie treffen will. Olshausen hätte somit völlig Recht, wenn § 152 den Willen kund täte, nur dem Täter oder Teilnehmer gehörige Gegenstände einzuziehen. Da er aber selbst zugibt, daß § 152 keine Rücksicht darauf nimmt, ob die Sachen dem Täter bzw. Teilnehmer gehören, setzt er sich in Widerspruch mit seiner eigenen sonstigen Auffassung dieser unterschiedslosen Einziehung. — (Vgl. bei Olshausen A. 3 zu § 152 auch die Angaben über den gegenwärtigen Stand der Ansichten betr. die Natur dieser Maßregel). — In den Vorbemerkungen zum ersten Abschnitt des ersten Teils des St.G.B. Ziff. 4 d rechnet Olshausen auch die nach § 152 erfolgende Einziehung von Gegenständen „ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht" zu den polizeilichen Maßnahmen. Dem widerspricht es, wenn er ebenda, Ziff. 3 b 7 die Einziehung des § 152 „im Falle der Verurteilung einer bestimmten Person" als Nebenstrafe bezeichnet. Oder sollte es seine Ansicht sein, daß die Einziehung des § 152, wenn die Gegenstände wirklich dem Verurteilten gehören, Strafe ist, sonst, d. h. wenn dies nicht der Fall ist sowie im objektiven Verfahren, sichernde Maßnahme? Jedenfalls liegt auch darin eine Inkonsequenz.

[1]) Immerhin ist auch hier die Begehung eines Münzdelikts Voraussetzung, erscheint also die Einziehung wenigstens als Folge einer strafbaren Handlung und somit auch insofern in notwendiger Beziehung zu einer Person als Täter. So auch die gem. Meinung; cf. z. B. Hälschner II, S. 585. A. M. Oppenhoff zu § 152 N. 3, Vorberg S. 55, und insbes. R.G. 14, 161.

[2]) So Stooß, zur Natur der Vermögensstrafen S. 44, 54; Olshausen zu § 40 N. 10, § 41 N. 1, § 295 N. 1; diese Schriftsteller sehen in der nur den Täter oder Teilnehmer treffenden Einziehung eine Strafe. Nissen u. Köbner, die überhaupt jede Einziehung als polizeiliche Maßregel auffassen, tun dies erst recht bez. der unterschiedslosen Einziehung; ja, das Vorkommen einer solchen ist ihnen sogar ein Beweis für jenen allgemeinen polizeilichen Charakter. Dieser letztere Schluß ist natürlich ebenso unbegründet, wie der oben zurückgewiesene, der § 42 zum Beweise der polizeilichen Natur des § 40 heranzieht. — Auch v. Liszt und Berner (S. 225 ff.) nehmen allgemein polizeilichen Charakter der Einziehung an.

[3]) Schötensack führt (S. 18) ein sehr beachtliches Argument gegen den allgemeinen präventiven Charakter der unterschiedslosen Einziehung an, indem er sagt: die Vertreter dieser Ansicht „stehen vor dem Rätsel, warum

Jedoch glaube ich, daß diese rein polizeipräventiven Tendenzen allein nicht im Stande sind, das Wesen sämtlicher Fälle unterschiedsloser Einziehung völlig zu erklären. Vielmehr scheinen mir doch neben denselben in der Materie gewisse speziell strafrechtliche Gedanken zu stecken, deren Außerachtlassung zu Einseitigkeiten führen muß. — Ich habe oben bemerkt, daß ich es nicht anerkennen kann, daß die Einziehung, welche (für den Richter zufällig) den schuldigen Delinquenten trifft, Strafe sein soll, die den unbeteiligten Eigentümer schädigende Einziehung dagegen sichernde Maßnahme. Wenn ich hier trotzdem wieder von Berücksichtigung strafrechtlicher Gedanken spreche, so dürfen diese nicht, wie in der eben besprochenen Weise, schlechthin einen systematischen Riß in die einzelne, die Einziehung ein-

die über einen Gegenstand des Verurteilten verhängte, bisher als Strafe angesehene Einziehung nun plötzlich hier in eine bloße Polizeimaßregel umschlagen soll, wo die Gesetzesbestimmung keine weitere Aenderung aufweist, als die, daß die Einziehung sich auch auf dem Verurteilten nicht gehörende Gegenstände erstrecken kann. Würde etwa eine bisher als strafrechtlich qualifizierte Einziehungsbestimmung durch den Zusatz, daß nunmehr auch nicht dem Verurteilten gehörende Gegenstände eingezogen werden können, völlig ihren strafrechtlichen Charakter abstreifen und verwaltungsrechtlichen Charakter annehmen? Oder sollte nicht vielmehr neben ihr, an denselben Tatbestand anknüpfend, eine verwaltungsrechtliche Maßregel Platz gefunden haben?" Ich kann diese zwei Fragen nicht im Sinne Schötensacks beantworten. Vielmehr glaube ich, daß eine solche Gesetzesänderung, wie er sie annimmt, nicht nur äußerlich der betreffenden Bestimmung eine andere hinzufügen würde, sondern daß dieser Zusatz tatsächlich das innere Wesen der Bestimmung zu einem anderen machen müßte. Man denke z. B. an § 40! Gerade aus den Worten „sofern sie (nämlich die Gegenstände) dem Täter oder einem Teilnehmer gehören" haben wir den strafrechtlichen Charakter gefolgert. Würde durch eine Novelle diese Gesetzesstelle gestrichen, so würde ich keinen Anstand nehmen, die Konsequenz zu ziehen, daß die über einen Gegenstand des Verurteilten verhängte, bisher als Strafe angesehene Einziehung nun in eine Polizei-Maßnahme umgeschlagen sei; der Grund wäre mir durchaus nicht rätselhaft. Er wäre darin zu sehen, daß durch diese Aenderung der Gesetzgeber die im § 40 schon vorhandenen präventiven Tendenzen derart verstärkt hätte, daß die jene früher überwiegenden strafrechtlichen Momente vor denselben das Feld räumen müssten. Es würde sich also nicht bloß um das Hinzufügen einer verwaltungsrechtlichen Bestimmung zu einer strafrechtlichen handeln. Dasselbe gilt natürlich, wenn man zwei Bestimmungen des geltenden Rechts vergleicht, von welchen die eine die Einziehung nur gegen den Delinquenten, die andere aber gegen jeden Eigentümer kennt.

heitlich normierende Bestimmung bringen, je nach der zufälligen konkreten Wirkung dieser Bestimmung. Dagegen ist es ganz gut möglich, daß eine solche Bestimmung im ganzen, als solche, von strafrechtlichen, neben den sicherheitspolizeilichen einhergehenden Gedanken beeinflußt ist, ohne daß im einen Fall lediglich der eine, im anderen der andre Gesichtspunkt die alleinige Oberherrschaft erhalte. In dieser Weise, — also ohne in die einzelne Bestimmung einen systematisch zwiespältigen Charakter zu bringen — die strafrechtlichen Gedanken, welche der unterschiedslosen Einziehung mit zu Grunde liegen, hervorzukehren, ist der von *Oetker* zuerst systematisch begründeten,[1]) von *Vorberg*[2]) — allerdings allzu einseitig — speziell auf unser Institut angewandten Theorie der sogen. kriminellen Garantenhaftung Dritter gelungen. Es würde weit über unser Ziel schießen, hier auf diese Theorie ex professo einzugehen. Nur das für das Verständnis unseres Instituts Allerwesentlichste derselben sei hervorgehoben. Wir haben den maßgebenden Gedanken schon bei Erwähnung des § 295 angedeutet; er besteht darin, daß der Gesetzgeber dritte Personen am Unterbleiben des Delikts interessieren will; das Mittel ist die Inaussichtstellung bestimmter Rechtsnachteile, der Zweck Verstärkung des Rechtsgüterschutzes eben durch diese Interessierung des Dritten an demselben. Dies ist eine ausgesprochen präventive Tendenz. Dieselbe eignet jedoch wie bei den Polizei-Delikten als legislatorisches Motiv der ganzen betreffenden Norm, nicht also etwa speziell dem Rechtsnachteil, welchen das Gesetz dem Dritten in Aussicht stellt, d. h. in unserem Falle der Einziehung. *Oetker* selbst kennzeichnet dieses Verhältnis durch die Worte: „Die Tätigkeit des Gesetzgebers in der Androhung der Haftbarkeit ist stets prävenierend, die haftbaren Personenkategorien sollen, in ihrem Interesse getroffen, das Unterbleiben der Missetat garantieren. Der Vollzug der angedrohten Rechtsfolge ist entweder repressiv oder präventiv, je nachdem

[1]) cf. Oetker, Kriminelle und zivile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen (Festschrift der Rostocker Fakultät für Jhering 1892). Ders., die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs, 1893; Ders. Preußische Jahrbücher 76, S. 412 ff.

[2]) Vorberg, die Einziehung der Produkte und Werkzeuge eines Delikts, 1895.

zur Bestrafung Verletzung einer Hinderungspflicht erfordert wird oder nicht. Im ersteren Falle ist die Garantie eine nur materielle, im letzteren ist sie zugleich formell.“ Man erkennt sofort, daß dies ein strafrechtlicher Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes ist. Hier können wir sogar, speziell bezüglich der eben erwähnten sogenannten formellen Garantie, von einer Strafe ohne Schuld, einer poena sine crimine sprechen; [1]) denn da keine eine Hinderungspflicht begründende Norm vorhanden ist, kann auch von einem durch Unterlassung der Hinderung begangenen Delikt nicht die Rede sein. Und um solche formelle Garantie würde es sich in unseren Einziehungs-Fällen handeln. Diese speziell fallen nach *Oetker* unter die eine Unterabteilung der kriminellen Haftung Dritter bildende Kategorie der sogen. Tätergarantenschaft. Es ist eine eigenartige Verbindung der Täterhaftung (also der eigentlichen Strafe) mit der Garantenhaftung. Die Garantenhaftung tritt in der Weise neben die des Täters, daß es — natürlich mit Willen des Gesetzgebers — im einzelnen Fall nach außen hin ungewiß bleibt, ob es sich um die eine oder andere handelt.[2]) Es wird einfach der betreffende Tatbestand unter Strafandrohung gestellt und zwar fällt die Strafe auf eine Person, die entweder Täter oder Garant ist; „ob nun das eine oder andere im Einzelfalle zutrifft, erscheint dem Rechte gleichgültig. Voraussetzung ist ein Tatbestand, bei dem nach Ansicht des Rechtes A entweder als Täter oder als Garant beteiligt sein muß. Mit dieser Feststellung genügt sich das Gesetz; die Alternative, ob Täterschaft oder Garantenschaft, bleibt absichtlich ungelöst. Täter und Garant erscheinen im gleichen Maße als strafwürdig; kann nun in einem gegebenen Falle A nur entweder Täter oder Garant sein, so besteht an näherer Bestimmung seiner Qualität kein

[1]) Daß wir dabei immer im Auge behalten müssen, daß es sich um eine Anomalie handelt, ist schon oben gesagt. Eine Strafe in dem von uns angenommenen Sinn des Wortes ist eine solche Maßnahme natürlich nicht. Nur der Kürze halber, und um die Beziehung zu strafrechtlichen Gedanken, speziell im Gegensatz zu rein polizeilichen Maßregeln, zu bezeichnen, sei jener eigentlich eine contradictio in adiecto enthaltende Ausdruck beibehalten.

[2]) Die gewöhnlichere Verbindung wäre, daß das Gesetz zunächst ausdrücklich den Täter haften läßt und daneben in irgend welcher Weise den Dritten, den Garanten,

wesentliches Interesse mehr.“ [1]) Angewendet auf unseren Fall würde also der Gesetzgeber mit der Einziehung immer den Eigentümer treffen wollen, sei es nun als Täter, sei es als Garanten. Gegen den Eigentümer als verurteilten Täter wäre die Einziehung Strafe, sonst eben Garantenhaftung.

Besonders charakteristisch erscheint § 295. Jeder Eigentümer von Jagdgewehren wird, damit er auf dieselben achte, sie nicht an Unbefugte verleihe, direkt an dem Unterbleiben von mit denselben verübten Jagddelikten interessiert, indem er eben eventuell deren Verlust zu gewärtigen hat. Es ist kein Zweifel, daß diese ratio hier besteht. Gerade hier versagt die Erklärung rein aus polizei-präventiven Gesichtspunkten am ehesten. Denn irgend welche besonders allgemeine Gefährlichkeit besitzen Jagdgewehre doch nicht, ihre da in Betracht kommende Gefährlichkeit liegt vielmehr, wie schon gesagt, nur in der Beziehung zu der Person des unbefugt Jagenden. Bei konsequenter Berücksichtigung dieses letzteren Gedankens müßten aber nicht nur die von dem Betreffenden mit sich geführten Gewehre u. s. w., sondern auch alle in seinem Eigentum befindlichen eingezogen werden. Auch der Umstand, daß der Staat nicht die einem Dritten gehörigen Gerätschaften diesem einfach zurückgibt, womit ja das gefahrbegründende Verhältnis gelöst wäre, ist ein Zeichen dafür, daß es ihm eben auf persönliche Haftbarmachung desselben ankommt. Trotzdem kann ich aber selbst § 295 nicht als einen schlechthin typischen Fall der Täter-Garantenschaft gelten lassen. Völlig rein erscheint dieselbe vielmehr nur dann, wenn eine bestimmte Person als Angeklagter für ein Delikt bzw. eine Strafe haftbar gemacht wird, ohne daß es dem Gesetz beachtenswert erscheint, überhaupt zu untersuchen, ob sie Täter sei oder nicht; wenn sie also nicht nur für einen Teil der Strafe, sondern gewissermaßen direkt für das ganze Delikt als solches mit allen seinen Konsequenzen haftbar gemacht wird; dann erst ist auch das Interesse an dessen Verhütung auf die Spitze getrieben. Ein besonders typisches, allerdings zivilrechtliches Beispiel hierfür bietet die römische actio de effusis et dejectis, nach welcher bei einer Beschädigung durch aus einem Fenster geworfene Gegenstände für

[1]) Oetker, Haftung Dritter S. 155.

den Regelfall der Inhaber des betreffenden Gemaches haftete, sei es als Täter, oder, falls er dies nicht war, eben als Garant. Bei § 295 dagegen wird der Täter genau ermittelt und mit der Hauptstrafe belegt. Nur bezüglich der Nebenstrafe der Einziehung läßt es der Gesetzgeber im ungewissen, ob sie den Täter schädigt. Also handelt es sich nicht um reine Täter-Garantenschaft, sondern um eine mit der Täterhaftung verbundene Täter-Garantenhaftung. Dies ändert ja an der erwähnten präventiven Tendenz ihrer Statuierung nichts. Mit der präventiven Tendenz verbindet der Gesetzgeber, obwohl es sich um formelle Garantie handelt, für den Fall die Einziehung tatsächlich nicht den Verurteilten trifft, doch wohl auch eine gewisse Schuldpräsumption gegenüber dem Eigentümer.[1])

Das Vorhandensein solcher Rechtsgedanken berechtigt uns jedoch nicht zum Beiseitesetzen der polizeilichen Tendenzen der Einziehung nach § 295. Gerade da, wo die Vertreter der eben geschilderten Theorie eine reine Strafe annehmen, lassen sie sich am wenigsten verleugnen, wenn nämlich die Einziehung den Verurteilten als Eigentümer trifft. Denn gerade dann ist die Gefahr am größten, daß er jene Gegenstände wieder zu deliktischem Handeln verwenden werde. Und wo ein Dritter Eigentümer ist, da ist es meines Erachtens auch erst die Verbindung des polizeilichen Gesichtspunktes mit dem der kriminellen Garantie, welche eine befriedigende Erklärung gibt.[2])

[1]) Diesen Gesichtspunkt verwendet auch Binding zur Erklärung der Einziehung des § 295. Zugleich erledigt er von diesem Standpunkt aus in höchst befriedigender Weise die Frage, ob die Einziehung sich auch auf Gegenstände erstreckt, die der Verurteilte durch ein Delikt ihrem Eigentümer entzogen hat, oder gar auch auf dem Jagdberechtigten selbst gehörige Gegenstände. Er sagt (Lehrbuch I S. 382): die Vermutung schuldhafter Unterstützung des Täters „kann der Eigentümer nicht widerlegen, wohl aber der Täter dadurch, daß er das Gewehr oder den Hund dem Eigentümer durch ein Delikt entzogen hat. Sie ist ohne weiteres widerlegt, falls diese Gegenstände dem Jagdberechtigten gehören."

[2]) Man könnte eventuell sogar folgern, daß die Gesichtspunkte krimineller Garantie, so sehr sie ursprünglich einen strafrechtlichen Beigeschmack haben, hier gar keinen Gegensatz zu den polizeipräventiven Gedanken, welche der Einziehung zu Grunde liegen, bilden, sich ihnen vielmehr harmonisch eingliedern: ein solcher Standpunkt erscheint insofern berechtigt, als man sagen kann, daß gerade wenn wir von formeller Garantie sprechen, also von einer

In anderen Fällen der unterschiedslosen Einziehung dagegen treten Tendenzen wie die eben genannten hinter die polizeilichen noch viel mehr zurück als bei § 295. Ihr Zweck ist, einen Dritten am Unterbleiben des Delikts zu interessieren. Dies hat nur Sinn, wenn man vernünftiger Weise annehmen kann, daß der Betreffende irgendwie die Möglichkeit und die Veranlassung hat, das Delikt zu hindern. Klar ist dieses Verhältnis, wenn die dem Dritten gehörigen Gegenstände zum Mittel oder Werkzeug des betreffenden Delikts gemacht werden sollen; er ist z. B. der Eigentümer der Mittel und Werkzeuge eines Jagdvergehens. Gerade in diesem seinem Berührungspunkt mit dem Delikt wird er ja durch die Konfiskation auch empfindlich getroffen. Denn es kann vom Einzelnen billiger Weise erwartet werden, daß er verhindere, daß seine Sachen zu Mitteln oder Werkzeugen von Verbrechen gemacht werden und daß er, insoweit es also da auf ihn ankommt, überhaupt die betreffenden Verbrechen hintanhalte. Diese Erwartung des Gesetzes braucht sich deshalb noch nicht in eine Pflichtsetzung zu kondensieren. Das Gleiche kann man auch bezüglich mancher Objekte von Delikten sagen; so kann Jemand hindern, daß ihm gehörige Waffen zum Gegenstand der Uebertretung des § 360 Ziff. 2 gemacht werden.[1])

Nicht so selbstverständlich wie hier erscheint dagegen die Heranziehung des Dritten zur Hinderung des Delikts und die an die Nichthinderung geknüpfte Folge der Einziehung da, wo sich die letztere auf producta oder quaesita sceleris bezieht. Man denke an die Konfiskation unbefugt aufgenommener Risse von Festungswerken! Es ist mir nicht begreiflich, inwiefern die Aussicht auf die Konfiskation derselben, die doch erst durch das Delikt entstehen, für deren Eigentümer ein Impelle sein kann,

Haftbarmachung eines Dritten, der keine Pflichtverletzung entspricht, der Vollzug derselben — die sog. Strafe ohne Schuld - doch keinesfalls repressive, sondern auch nur präventive Bedeutung haben könne.

[1]) Mag sein, daß dieser Gedanke dem Gesetzgeber eine gewisse moralische Berechtigung gibt angesichts seiner Verletzung fremden Eigentums; doch kann ich ihm hier nur höchst sekundäre Bedeutung beimessen. Das Primäre scheint mir eben zu sein, daß solche Ansammlungen von Waffen dem Gesetzgeber, wie oben gezeigt, ganz ohne Rücksicht darauf, wem sie gehören, als mögliche Vorbereitung zu besonders gefürchteten Delikten erscheinen, die zu unterdrücken eine Forderung der Staatsraison ist.

das Delikt zu hindern. Wenn *Vorberg* (S. 88) sagt: „Eine relevante Nichthinderung liegt auch darin, daß X die Verwendung ihm gehöriger Stoffe zur Anfertigung von producta sceleris zugelassen hat", so mag dies ja noch da gelten, wo der betreffende Stoff irgend einen Wert hat, und die Rücksicht auf diesen den Eigentümer vielleicht veranlassen wird, jeder Möglichkeit einer eventuellen Einziehung desselben aus dem Wege zu gehen; also z. B. bei nach § 146 nachgemachten Goldstücken. Hier enthält dieser Gedanke wenigstens keinen Widerspruch, wenngleich seine Herbeiziehung als gesucht bezeichnet werden muß. Dagegen kann ich nicht anerkennen, daß z. B. die Aussicht auf Einziehung von mir gehörigem Papier, das X zur Aufnahme verbotener Risse oder zur Herstellung falschen Papiergeldes verwendet, mich bewegen kann, X zu verhindern, mein Papier so zu verwenden. Gerade hier, bei § 360 Z. 1, wo das Gesetz gar nicht damit rechnen kann, daß die Konfiskation überhaupt ein Uebel darstelle, muß doch die reine polizeiliche Natur der Einziehung in die Augen springen; nur der von den besagten Rissen für den Staat befürchtete mögliche Schaden zwingt zur Einziehung. — Das Gleiche muß ich auch behaupten bezüglich all' jener Fälle der Einziehung, welche durch die Rücksicht auf Vermeidung von Fälschungen von Geld und anderen Wertzeichen diktiert sind, sowie überhaupt bei all' jenen Gegenständen, welche — um mit *Stooss* zu sprechen — absolut gefährlich erscheinen, sei es mit Rücksicht auf ein künftig befürchtetes Delikt, sei es rein tatsächlich, wie z. B. verdorbene Getränke oder Eßwaren.

Wo es sich endlich um quaesita sceleris handelt, wie bei den Fischen nach § 296 a, da besteht irgend eine präsumptive Beziehung des betreffenden Dritten zum Delikt, welche die Grundlage für die Aufstellung einer Garantenschaft desselben bilden könnte, vor Begehung des Vergehens überhaupt nicht notwendig. Erst durch das unbefugte Fischen wird ja eventuell ein Dritter Eigentümer der Fische. Es ist durchaus nicht notwendig, daß dieser vorher auch nur in der Lage war, das Delikt zu hindern. Eine dahingehende allgemeine Erwartung des Gesetzes kann also hier nicht als Basis einer Garantenschaft herangezogen werden. Eine Konstruktion allein mit Berücksichtigung der kriminellen Haftung Dritter bietet da ganz besondere Schwierigkeiten.

Anders wird die Sache, wenn man dagegen die hier ganz zweifellos hereinspielende Theorie vom extorqueri des lucrum turpe in dem oben dargestellten Sinn heranzieht. Irgend welche Gefahr begründen ja diese quaesita sceleris durchaus nicht. Es ist der Makel des verbrecherischen Ursprungs, welcher den Staat zur Ansichnahme dieses Gewinnes veranlaßt. Gerade daß dies ohne Rücksicht auf das Eigentum geschieht, dürfte das Prävalieren dieser Idee besonders deutlich machen. Denn an jenem Makel wird nichts geändert, auch wenn nicht der Delinquent selbst das Eigentum der Sache hat.[1]) Hier berührt sich also wieder der zivilrechtliche Standpunkt mit dem polizeilichen. —

Fassen wir nunmehr zusammen, was wir durch diese Untersuchung über den Charakter der sog. unterschiedslosen Einziehung gewonnen haben, so dürften sich folgende Punkte ergeben:

1. Es kreuzen sich in den betreffenden Bestimmungen mannigfache rechtliche Ideen. Alle Fälle der unterschiedslosen Einziehung nur aus einem einzigen Gedanken erklären zu wollen, kann nicht gelingen.

2. Aber auch eine Unterwerfung unter verschiedene Rechtsgedanken in dem Sinn, daß in allen Fällen dieser Einziehung eine gleichmäßige systematische Zweiteilung einträte, je nachdem sie den Verurteilten trifft oder nicht, geht nicht an. Dem widerspricht die gesetzliche — in diesem Sinne einheitliche — Regelung.

[1]) Daß unserem Rechte der Fall eines einer Sache anhaftenden Makels nichts Fremdes ist, mag § 935 B.G.B. zeigen, nach welchem auch der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigentum an derselben nicht erhält, sofern sie dem Eigentümer gestohlen wurde, verloren ging oder sonst (ohne dessen Willen) abhanden kam. Darin steckt der Gedanke, daß eben das Abhandenkommen ohne den Willen des Eigentümers der Sache einen bleibenden Makel aufdrückt. In dem römischrechtlichen Ausdruck „res furtiva“ tritt dieser Gedanke deutlich hervor. Im römischen Recht hindert die Furtivität einer Sache die usacapio derselben; der Mangel bleibt charakteristischerweise bestehen, bis sie wieder in die Gewalt des Eigentümers zurückgekehrt ist. cf. Salkowski, Institutionen S. 233 ff. und die dortigen Quellenzitate. — Im B.G.B. bildet den Gegensatz eine Sache, welche mit Willen des Eigentümers in die Hand des Veräußerers kam. Hier hindert keine solche Eigenschaft der Sache die Berücksichtigung der Interessen an der Sicherheit des Verkehrs und somit den Eigentumsübergang auf den dritten Erwerber.

3. Unter den verschiedenen maßgebenden Ideen ragt jedoch der polizeipräventive Gesichtspunkt mit Macht hervor. In vielen Fällen dominiert er allein oder fast allein — überall, wo die betreffenden Gegenstände einen besonders hohen Grad von Gefährlichkeit in sich tragen, wo sich also diese Gefährlichkeit nicht nur auf die Beziehung einer einzelnen Person zum Gegenstande beschränkt. — Doch auch in den übrigen Fällen tritt der präventive Gedanke stark hervor.

4. Der ihm entsprechenden Ausgestaltung der Einziehung gegenüber versagt vor allem jeder Versuch rein strafrechtlicher Erklärung. Doch auch die mit einer solchen nah verwandte Theorie krimineller Garantenschaft vermag durchaus nicht für sämtliche Fälle der unterschiedslosen Einziehung eine befriedigende Lösung zu geben. Ihr Verdienst ist, gewisse in den Fällen, wo der Nichtverurteilte getroffen wird, mit hereinspielende Gedanken aufgedeckt zu haben.

Dem gegenüber dürften wir berechtigt sein, die unterschiedslose Einziehung im allgemeinen als polizeiliche Maßregel anzusehen.

2) Die Unbrauchbarmachung; §§ 41 und 42.

Wir kommen nunmehr zu einer mit der Einziehung nahe verwandten Maßregel, nämlich der Unbrauchbarmachung. Dieselbe findet sich im R.St.G.B. in § 41, also im unmittelbaren Anschluß an die Einziehung des § 40 geregelt, welcher äußere Zusammenhang dadurch noch enger wird, daß § 42 in genau der gleichen Weise wie die Einziehung, so auch die Unbrauchbarmachung im objektiven Verfahren als selbständige Maßregel zuläßt.

§ 41 lautet: „Wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist, so ist im Urteile auszusprechen, daß alle Exemplare, sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind.

Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die im Besitze des Verfassers, Druckers, Herausgebers, Verlegers oder Buchhändlers befindlichen und auf die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare.

Ist nur ein Teil der Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar, so ist, insofern eine Ausscheidung möglich ist, auszusprechen, daß nur die strafbaren Stellen und derjenige Teil der

Platten und Formen, auf welchem sich diese Stellen befinden, unbrauchbar zu machen sind."

Für die Entscheidung unserer Frage nach der rechtlichen Natur der Unbrauchbarmachung ist es, angesichts ihrer äußeren wie inneren nahen Beziehung zur Einziehung, vor allem nötig, zu untersuchen, in welchem Verhältnisse sie zur Einziehung steht, insbesondere ob sie sich nicht etwa als Unterfall der letzteren darstellt;[1]) tatsächlich wird dies von *Nissen* und *Köbner*[2]) behauptet. Die Abgrenzung der Unbrauchbarmachung von der Einziehung wird uns zugleich zur Gewinnung eines Bildes der ersteren Maßregel führen.

Wir haben gesehen, daß zwischen den verschiedenen Fällen der Einziehung unter sich die mannigfachsten Unterschiede bestehen können und auch tatsächlich bestehen. Solcher Unterschiede gibt es auch zwischen der Einziehung des § 40 und der Unbrauchbarmachung des § 41 genug; wir werden später auf dieselben zurückkommen. Nicht sie können eine prinzipielle systematische Scheidelinie zwischen die Einziehung und Unbrauchbarmachung setzen. Vielmehr müssen wir, wenn eine solche überhaupt vorhanden sein soll, sie in der Wirkung des auf Einziehung einerseits, auf Unbrauchbarmachung andererseits erkennenden Urteils suchen. Bei aller sonstiger Verschiedenheit der Einziehungsfälle, stets bewirkt dabei das Urteil den Uebergang des Eigentums der betreffenden Sache auf den Staat. Dies können wir als das Wesen der Einziehung unseres Gesetzbuchs überhaupt betrachten. Wenn also das auf Unbrauchbarmachung lautende Urteil notwendig die gleiche Wirkung hat, so müssen wir allerdings hier, trotz der übrigen Verschiedenheiten, das Vorliegen eines Falles der Einziehung konstatieren. In der Tat behauptet z. B. *Nissen* (S. 97), daß, um die Unbrauchbarmachung

[1]) Eine solche Ansicht findet vor allem eine Stütze in den Motiven, welche sagen: „In weiterer Anerkennung des Grundsatzes, daß die Einziehung keine Vermögensstrafe, vielmehr in der Hauptsache eine Präventivmaßregel sein soll, ist, in Abweichung von dem preußischen St.G.B., vorgeschrieben, daß nicht die Vernichtung, sondern nur die Unbrauchbarmachung der Exemplare und der zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen im Urteil ausgesprochen werden soll." Aktenstücke des Reichstags 1870 S. 52.

[2]) Nissen S. 97; Köbner S. 23 ff.

von Gegenständen herbeizuführen, notwendig eine Einziehung vorhergehen müsse; d. h. der Staat entziehe dem Betreffenden das Eigentum seiner Sache, um es ihm nach Unbrauchbarmachung derselben wieder zurückzuübertragen. Ohne solchen Eigentumsübergang sei eine Unbrauchbarmachung rechtlich undenkbar. Demnach erscheint die Unbrauchbarmachung lediglich als eine besondere Art der Behandlung der eingezogenen Gegenstände. Ich kann jedoch eine derartige Konstruktion nicht für geboten halten. Zunächst möchte ich bemerken, daß, wenn ich hier den Ausdruck „Einziehung" gebrauche, ich ihn nur im technischen Sinn der im Vorhergehenden besprochenen, ihrem Wesen nach auf Eigentumsübertragung gerichteten Maßregel begreife, also nicht etwa auch eine rein „tatsächliche" Einziehung darunter verstehe. Inwiefern eine solche tatsächliche Wegnahme der betreffenden Sache zwecks deren Unbrauchbarmachung notwendig ist, hat mit unserer Frage natürlich nicht das Mindeste zu tun. Dagegen kann ich nicht einsehen, warum zur Durchführung der Unbrauchbarmachung ein Eigentumsübergang an der betreffenden Sache auf den Staat nötig sein sollte. Ein Anhaltspunkt dafür kann schlechthin nicht gefunden werden. Ich sehe in jener Behauptung nur den Ausfluß einer hier durchaus nicht angebrachten, ziemlich gesuchten zivilistischen Konstruktion. Wenn — um ein von den Motiven aufgenommenes Beispiel zu wiederholen, — der Staat eine Druckerform dadurch unbrauchbar macht, daß er den Satz auseinandernimmt, so bedürfte es, wie *Schötensack* (S. 22) dazu richtig bemerkt, doch gewiß ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung, um da einen solchen Eigentums-Uebergang und Rückübertragung, zu dessen Annahme die rechtliche Lage in keiner Weise zwingt,[1]) festzusetzen. Daß natürlich die Unbrauchbarmachung, die ja bis zu völliger Vernichtung schreiten kann, eventuell eine Eigentumseinbuße eben durch die teilweise oder gänzliche Vernichtung der betreffenden Sache als Spezies zur Folge haben kann, bedarf kaum ausdrücklicher Erwähnung. Dies ist nur eine sekundäre, tatsächliche Erscheinung, die weit entfernt ist, einen Eigentums-

[1]) Oder sollte man überall da, wo der Staat oder ein sonstiger öffentlicher Körper kraft eines ihm zustehenden öffentlichen Zwangsrechts an einer fremden Sache — etwa im Verwaltungswege — eine Veränderung vornimmt, einen solchen zweimaligen Eigentums-Uebergang annehmen?

Uebergang im Sinne der Einziehung herbeizuführen.[1]) — Wir kommen also zum Resultate: Bei der „Einziehung" bildet der Eigentums-Uebergang der betreffenden Sache auf den Staat das Wesen der Maßregel. Was der Staat mit der eingezogenen Sache macht, ob er sie aufbewahrt, verkauft oder vernichtet, hat keinerlei rechtliche Bedeutung. Bei der Maßregel des § 41 ist umgekehrt die tatsächliche Unbrauchbarmachung das rechtlich Essentielle. Welche rechtlichen Konsequenzen durch diese substanzielle Umformung der Sache eventuell erzeugt werden, ist etwas rein Akzidentelles. Keinesfalls ist aber ein Eigentumsübergang Voraussetzung der Unbrauchbarmachung. Letztere erscheint demnach als selbständige, von der Einziehung systematisch zu trennende Maßregel.

Um die rechtliche Natur der Unbrauchbarmachung, zu deren Erklärung wir uns also nicht auf den Charakter der Einziehung schlechthin beziehen dürfen, zu bestimmen, ist es wesentlich, die Frage zu entscheiden, ob sie denn nach § 41 (in Verbindung mit § 42) stets und notwendig die Folge einer strafbaren Handlung ist. Eine Verneinung dieser Frage würde wohl ein starkes Argument für die polizeiliche Natur der Maßnahme bilden. Den Grund zur Aufwerfung dieser Frage bilden die Worte unseres Paragraphen: „Wenn der Inhalt[2]) einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist." Diese Fassung führte Manche[3]) (vor allem auch das Reichtsgericht)[4]) zur Konstruktion einer sogen. objektiven Strafbarkeit des Inhalts der Schrift, Abbildung oder Darstellung, ohne daß derselbe auch durch eine strafbare Handlung entstanden sein müßte. Es brauche also nur der Inhalt derart zu sein, daß er bei wirklichem Vorhandensein eines Delikts etwa dessen objektivem Tatbestand entsprechen würde, um als solcher „strafbar" zu sein und um daher die Unbrauchbarmachung

[1]) Einen Stützpunkt gewinnt unsere Ansicht ferner durch Hinweis auf § 360 Ziff. 6, nach welchem bestimmte Drucksachen der „Einziehung" unterliegen. Dies ist wohl kein bloß zufälliger Gegensatz zu der nach § 41 bei Drucksachen sonst angewendeten „Unbrauchbarmachung."

[2]) Ein bloß formeller Verstoß gegen das Gesetz genügt also nicht. cf. Olshausen N. 4 zu § 41.

[3]) So z. B. Köbner S. 51; Herschel S. 23; auch Frank N. II, 3 zu § 41; v. Liszt, Preßrecht S. 209.

[4]) cf. z. B. E. R.G. Bd. IV S. 88, XXXII S. 53 u. A.

zu begründen.[1]) Besonders verleitet wird man zu einer solchen Ansicht durch die allgemeine Auffassung des Geschriebenen und Gedruckten als objektivierten Gedankeninhalt. Trotzdem halte ich diese Ansicht nicht für durchführbar. Denn gerade der Begriff „Strafbarkeit" setzt notwendig eine persönliche Verschuldung voraus. Nun kann man ja allerdings von Strafbarkeit einer Schrift reden, doch kann dies nur als eine der Einfachheit halber gebrauchte Redewendung gelten, der bei kritisch logischer Betrachtung eben doch die richtige Vorstellung von der Beziehung auf einen Menschen als schuldhaften Urheber zu Grunde liegt. Der Ausdruck Strafbarkeit einer Schrift gewinnt also nur dadurch Sinn, daß man damit implicite eine strafbare Handlung als notwendige Voraussetzung mitdenkt. Denn gerade das Wort „strafbar" kann sich nur auf einen Menschen und seine Verschuldung beziehen.[2]) Wir müssen demnach daran festhalten, daß § 41 notwendig eine strafbare Handlung voraussetzt, die mit Bezug auf den Inhalt der Schrift etc. begangen ist. Handelt es sich also z. B. dabei um die Tat eines Unzurechnungsfähigen, so kann von „strafbarem" Inhalt nicht die Rede sein; ebensowenig, wenn z. B. bei einer unzüchtigen Darstellung noch kein Schritt getan war, um dieselbe in den Verkehr zu bringen; denn bis dahin liegt noch kein Delikt vor.[3]) [4])

Die strafbare Handlung also vorausgesetzt, müssen wir nun aber berücksichtigen, daß der Inhalt der Schrift, Abbildung oder Darstellung doch in gewissem Sinne eine Objektivierung derselben enthält — ohne natürlich deswegen selbst objektiv strafbar zu sein —, daß der deliktische Erfolg durch seine Fixierung an das Papier gewissermaßen in Permanenz erklärt wird. Dies ist der

[1]) Analoges nimmt das R.G. bez. § 152 an.

[2]) So insbes. auch Schötensack S. 20.

[3]) cf. Entscheidung. des Oberlandesger. München Bd. IV, S. 22.

[4]) Die Unbrauchbarmachung ist nach § 41 „im Urteil" auszusprechen, d. h. also in einem wegen der betr. strafbaren Tat gegen den daran Beteiligten ergehenden Strafurteil. Nur im Falle des § 199 St.G.B. muß die Unbrauchbarmachung verhängt werden, obwohl auf Straffreiheit erkannt wird; an dem deliktischen Charakter der betr. Handlung wird ja durch die Straffreierklärung nichts geändert; eine Strafe aber ist die Unbrauchbarmachung nicht; also steht ihrer Verhängung im Falle des § 199 nichts im Wege. cf. Olshausen N. 6 zu § 41.

für die Unbrauchbarmachung der betreffenden Elaborate ausschlagebende Punkt. Wir haben da eine ausgesprochen präventive Tendenz. Man denke z. B. an eine unzüchtige Darstellung, wohl den Hauptfall der praktischen Anwendung des § 41. Um das Weiterwirken derselben zu hindern, erscheint die Unbrauchbarmachung unbedingt nötig, wenn anders der Staat mit dem Rechtsgüterschutz Ernst machen will. Diese legislatorische Tendenz ist in § 41 unverkennbar: Unterdrückung des durch seinen Inhalt gegen die Rechtsordnung verstoßenden Geistesprodukts zum Schutze der Zukunft, zwar nicht vor weiteren Delikten, aber vor dem Fortwirken des begangenen. Die Schriften, Abbildungen oder Darstellungen spielen also eine ganz andere Rolle als die in den früher erörterten Fällen der Einziehung unterliegenden Gegenstände.[1]) Hat aber diese eminent polizeipräventive Tendenz auch die Ausgestaltung des § 41 bestimmt, oder überwiegen da vielleicht strafrechtliche Momente? Ich glaube, die erste Alternative bejahen zu müssen.

Vor dem Eingehen hierauf ist aber zu beachten, was es für diesen Punkt bedeutet, daß wir es hier überhaupt mit Unbrauchbarmachung zu tun haben, vor allem im Gegensatz zu Einziehung. Ich will keineswegs etwa behaupten, daß Unbrauchbarmachung nicht als Strafe vorkommen könnte. Gewiß ist aber, daß gerade sie zu polizeipräventiver Zweckbestimmung weit eher prädestiniert erscheint, als die an sich farblosere Maßregel der Einziehung. Letztere ist die schärfere Maßnahme, welche ihrer Natur nach mehr gegen die Person des Betroffenen tendiert, als die eher „dingliche“ Unbrauchbarmachung. — Wenn wir nun im Folgenden die Unbrauchbarmachung speziell nach § 41 betrachten, so fällt zunächst im Vergleich mit § 40 auf, daß die dort gefundene als speziell strafrechtlich erkannte Beschränkung auf vorsätzliche Verbrechen oder Vergehen hier fehlt. Es ist also ganz einerlei, ob die vorausgesetzte strafbare Handlung eine vorsätzliche oder fahrlässige, ob eine Uebertretung, ein Vergehen oder Verbrechen ist. Es liegt mir fern, darin etwa einen positiven polizeilichen Gesichtspunkt finden zu wollen. Immerhin dürfte aber dieses Moment insofern beachtlich sein, als es ein Indiz für

[1]) Derselbe Gesichtspunkt gilt natürlich für die Unbrauchbarmachung der zur Herstellung der betr. Exemplare bestimmten Platten und Formen.

die Absicht des Gesetzes bietet, die Maßregel nicht speziell gegen die strafbare Handlung, also gegen den Täter, sondern eben gegen den bleibenden Inhalt der Schrift zu richten. Denn auf diesen braucht jene nähere rechtliche Qualifikation des Delikts nicht von Einfluß zu sein. Will das Gestz diesen Inhalt treffen, so ist es nur gerechtfertigt, wenn die Maßregel ohne Rücksicht auf die Art des vorausgesetzten Delikts zulässig ist.

Daß nun die Maßregel auch tatsächlich eine polizeipräventive Zweckbestimmung innehat, beweist der Abs. III des § 41. Derselbe zeigt deutlich, daß der Gesetzgeber die Maßregel nicht nach der Person des Schuldigen richten will, sondern lediglich nach dem Zwecke der Unschädlichmachung der betreffenden Produkte. Nur die Rücksicht auf die zweckmäßigste Erreichung dieses Zieles bestimmt Art und Maß der Anwendung der Unbrauchbarmachung. Technisch gesagt, mit den sparsamsten, mit Rücksicht auf die Person des Schuldigen gesprochen, mit den mildesten Mitteln soll die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes erreicht werden. Dies ist durchaus kein strafrechtlicher Gedanke.

Ferner beschränkt sich die Unbrauchbarmachung — im Gegensatz zu § 40 — nicht nur auf dem Verurteilten gehörige Gegenstände. Was zunächst die zur Herstellung der betreffenden „strafbaren“ Schriften usw. bestimmten Platten und Formen anlangt, so müssen sie mit Rücksicht auf die präventive Tendenz sämtlich unbrauchbar gemacht werden, also ganz einerlei, in wessen Eigentum oder Besitz sie stehen. Denn solange solche Platten und Formen noch unversehrt vorhanden sind, besteht keine Sicherheit, daß sie nicht zur Vervielfältigung verwendet werden würden; und eben diese soll ja verhindert werden. Die Quelle, aus der jederzeit beliebige Mengen des schädlichen Stoffes strömen können, muß zunächst verstopft werden, wenn es Sinn haben soll, den schon an das Tageslicht getretenen Stoff selbst zu beseitigen.

Doch auch der Umfang der unbrauchbar zu machenden fertigen Einzelexemplare der Schrift, Abbildung oder Darstellung richtet sich lediglich nach präventiven Gesichtspunkten. Abs. II unterwirft nämlich der Unbrauchbarmachung alle im Besitze des Verfassers, Druckers, Herausgebers, Verlegers oder Buch-

händlers befindlichen, sowie die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare. Es sollen, das ist der letzte Sinn der Bestimmung, alle jene Exemplare unbrauchbar gemacht werden, welche durch ihre äußere Beziehung die Gefahr der allgemeinen Verbreitung des Inhalts in sich tragen. Diese Gefahr bieten im allgemeinen nur die im Besitze des Verfassers, Druckers etc. befindlichen Exemplare, eben durch ihre aus dem Verhältnis zu diesen Personen zu präsumierende Bestimmuug zur Weiterverbreitung; durch das öffentliche Auslegen oder öffentliche Anbieten endlich wird die Verbreitung des Inhalts unmittelbar bewirkt. Dagegen kann z. B. ein schon in das Privateigentum eines Dritten übergegangenes Exemplar nur mehr in viel beschränkterem Maße die aus dem Delikt resultierenden schädlichen Wirkungen äußern. Die mögliche Wirkung auf die Masse ist zu Ende. Damit fällt zugleich das Interesse an der sonst auch generalpräventiv wirkenden Unbrauchbarmachung. Vor allem aber kommt natürlich die praktische Undurchführbarkeit einer weiter gehenden Unbrauchbarmachung in Betracht. — Es ist ferner sehr bezeichnend, daß es nicht auf das Eigentum, sondern den Besitz der betreffenden Personen ankommt. Daß diesen durch eventuelle Eigentumsschädigung ein Uebel zugefügt werde, ist also etwas Sekundäres. Primär ist es nur auf das tatsächliche gefährliche Verhältnis, den Besitz, abgestellt.[1]) Den gleichen Gedanken zeigt deutlich die Mitbeziehung der Maßregel auf die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare. Bei diesen tritt die Person des etwa Getroffenen erst recht zurück. Das Gesetz hat es demnach überhaupt nicht darauf abgesehen, eine Person zu treffen, also erst recht nicht etwa den Schuldigen.

[1]) Damit soll keineswegs geleugnet werden, daß für den Gesetzgeber bei Aufnahme dieser Bestimmung vor allem auch der Wille maßgebend war, den Strafrichter von der Prüfung der gerade im Buchhandel oft nicht auf den ersten Blick klaren Eigentums-Verhältnisse zu entbinden; eine solche Pflicht, also die Beschränkung der Unbrauchbarmachung auf das Eigentum der genannten Personen, hätte allerlei Handhaben geboten, um die Maßregel im einzelnen Fall zu vereiteln. Damit kommen wir aber doch wieder auf den Gedanken zurück, daß eben der Gesetzgeber die Unbrauchbarmachung der betreffenden Erzeugnisse um dieser letzteren selbst, d. h. der in ihnen liegenden Objektivierung des Delikts willen anstrebt, und nicht, um dadurch jemand ein Uebel zuzufügen.

Diesem unpersönlichen Vorgehen des Gesetzes gegenüber ist es eine willkürliche, durch nichts begründete Konstruktion, die nach Abs. II von der Unbrauchbarmachung regelmäßig in ihrem Eigentum betroffenen Personen, nämlich Verfasser, Drucker, Herausgeber, Verleger, Buchhändler, Verbreiter, unter den Begriff der „Hauptschuldigen und deren Mitschuldigen" zu subsumieren, wie *Glücksmann* (S. 15) dies tut. Daß diese Personen rein tatsächlich nicht „Mitschuldige", also im Sinne des Strafrechts Teilnehmer zu sein brauchen, ist klar. Man könnte höchstens von einer dahingehenden Schuldpräsumption des Gesetzes sprechen; aus der subsidiären Haftungs-Verbindlichkeit des Preßgesetzes kann eine solche für § 41 nicht gewonnen werden. Und im übrigen ist es doch ein allzu deutlicher Zirkelschluss, wenn *Glücksmann* (S. 16) eine solche Rechtsvermutung durch die Worte zu rechtfertigen sucht: „Das Gesetz geht jedenfalls davon aus, daß sie schuldig sind, sonst dürfte es sie auch nicht subsidiär der Bestrafung aussetzen." Und gerade weil die Betreffenden Mitschuldige sind, soll die Unbrauchbarmachung Strafe sein![1]) —

[1]) An dieser Stelle drängt sich die prinzipielle Frage auf, ob denn, die gesetzliche Präsumption einer Mitschuld all' der genannten Personen einmal als bewiesen angenommen, die Unbrauchbarmachung ihnen gegenüber nicht doch aus anderen Gründen als Nichtstrafe erscheinen müßte; und zwar deshalb, weil nur ein solches Uebel Strafe sein kann, das gegen den in den Formen des Strafprozesses zur Verantwortung Gezogenen (urteilsmäßig) verhängt wird. „Es gibt kein vollstreckbares Strafrecht, das nicht durch rechtskräftiges Strafurteil dem Staate wider einen bestimmten Schuldigen zuerkannt wäre." (Binding, Handbuch I S. 496; cf. auch Ullmann, Strafprozeßrecht S. 3). Daraus schließt Binding zunächst auf den Nichtstrafcharakter der selbständigen Einziehung und Unbrauchbarmachung des § 42. Dieser Fall ist klar, da hier die betreffende Maßregel überhaupt nicht in einem gegen eine bestimmte Person gerichteten Verfahren verhängt wird. Wie aber nun, wenn in einem gegen A gerichteten Strafverfahren im Urteil eine Maßregel ausgesprochen wird, welche, mit Willen des Gesetzes, B als Rechtsgüterverletzung trifft? Man denke an die unterschiedslose Einziehung oder an die Unbrauchbarmachung! Letztere wird z. B. in dem gegen den Verfasser einer Schrift ergehenden Strafurteil ausgesprochen, erstreckt sich aber nach § 41 auch auf im Besitze des Buchhändlers stehende, dem Verleger gehörige Exemplare. Materiell richtet sich diese Rechtsgüterverletzung gegen den Verleger als den Eigentümer; und zwar ist diese materielle Wirkung gegen den nicht Verurteilten nicht etwa akzidentell — wie dies bei jeder Strafe, insbes. aber der Vermögensstrafe vorkommen kann — sondern vom Gesetz gewollt oder mindestens

Was ferner die Behauptung anbelangt, das Uebel treffe wenigstens „indirekt“ auch stets den Hauptshuldigen, vor allem auf dem Wege des Schadenersatzes[1]), so haben wir schon oben betont, daß in solch einem „Uebel“ gewiß keine Strafe gesehen werden kann.

Die einzige Möglichkeit, auch der Unbrauchbarmachung Strafcharakter zuzusprechen, ohne gegen die elementarsten Grundsätze unserer Materie zu verstoßen, liegt darin, diesen Strafcharakter auf den Fall zu beschränken, daß die Unbrauchbarmachung tatsächlich direkt den verurteilten Täter oder Teilnehmer als Eigentümer trifft.[2]) Also wieder eine systematische Zweiteilung einer

gebilligt. — Daß ein solches Verhältnis sich mit dem Strafbegriff des geltenden Rechts nicht verträgt, wurde schon gesagt; nur in einem Fall kann wohl — der Regel zuwider — das in dem Verfahren gegen A verhängte, gegen B gerichtete Uebel als Strafe betrachtet werden, wenn nämlich das Gesetz in unzweideutiger Weise eine Schuldpräsumption zu Ungunsten des B aufstellt. Ob B tatsächlich schuldig ist oder nicht, tut dann nichts weiter zur Sache.

Der Strafprozeß hat den Zweck, das Vorhandensein des staatlichen Stratanspruchs festzustellen; das Urteil wirkt insofern deklaratorisch. Wo nun eine unwiderlegliche Schuldpräsumption aufgestellt wird, da ist, sobald der objektive Tatbestand feststeht, an den sie geknüpft erscheint, kein Zweifel an dem Vorhandensein des auf solcher Grundlage eben auf alle Fälle konstituierten Strafanspruchs. Demnach ist die ratio für die Anwendung des Strafverfahrens gegen den von der Präsumption Betroffenen nicht gegeben. Denn feststellungsbedürftig ist dann nur der betreffende objektive Tatbestand, welcher die Grundlage der Schuldpräsumption bildet. Diese Aufklärung kann auch in dem gegen einen Anderen (nicht von der Präsumption Belasteten) gerichteten Verfahren geschehen. Daher halte ich auch die hiebei gegen den Dritten ausgesprochene Maßnahme für Strafe, allerdings für eine Strafe sui generis, da sie eben nicht auf der Schuld, sondern auf deren Präsumption beruht. — Anders dagegen, wo eine solche Präsumption zu Lasten des von der Maßnahme Betroffenen nicht besteht, derselbe vielmehr nur tatsächlich — z. B. als Teilnehmer — schuldig ist; dann kann die gegen ihn gerichtete Maßregel schon wegen Mangels des prozessualen Verhältnisses keine Strafe sein.

[1]) Als weitere Formen dieser indirekten Strafe nennt Glücksmann (S. 16): „Ihn (nämlich den strafbaren Haupttäter) trifft ein finanzieller Schaden, wenn die lukrative Verwertung der strafbaren Schrift durch die Unbrauchbarmachung der zum Vertriebe bestimmten Exemplare illusorisch gemacht wird, mindestens ein ideeller Nachteil, wenn sein Geistesprodukt in dieser Weise gemaßregelt wird. . .“ Man sieht, was man Alles als Strafe ansehen muß, um die Unbrauchbarmachung darunter fassen zu können!

[2]) Einerseits ist Strafe nur ein gegen den in den Formen des Strafprozesses Verurteilten erkanntes Uebel und andrerseits kann nur das dem Eigentümer

durchaus einheitlich geregelten Maßnahme je nach ihrer zufälligen Wirkung! Nach dem über die unterschiedslose Einziehung Gesagten liegt schon in dieser Feststellung unser Urteil über eine solche Auffassung enthalten. Ich glaube sogar, dieselbe hier in noch entschiedenerer Weise ablehnen zu müssen, als dies bezüglich der unterschiedslosen Einziehung geschah, und zwar mit Rücksicht auf die in unserem Falle nicht nur besonders deutlich erkennbaren, sondern nach dem Gesagten auch tatsächlich das ganze Institut beherrschenden präventiven Tendenzen. Auf deren Vorhandensein hat es natürlich nicht den geringsten Einfluß, ob der betreffende Gegenstand gerade dem Verurteilten gehört oder nicht; und ein Hinzutreten strafrechtlicher Momente, falls die Unbrauchbarmachung zufällig den Verurteilten als Eigentümer trifft, kann ich nicht anerkennen.[1]) Daß man in letzterem Falle rein äußerlich an der Maßregel alle Merkmale einer Strafe finden kann, hat wenig zu bedeuten. Denn das Gesetz hat eben nicht nur überhaupt die Unbrauchbarmachung in § 41 formell einheitlich geregelt, sondern dieser Einheitlichkeit auch einen ganz bestimmten materiellrechtlichen Inhalt gegeben, nämlich den polizeipräventiven; man vergegenwärtige sich nur z. B. nochmals das ausschließliche Gewichtlegen auf den Besitz in Abs. II im Gegensatz zum Eigentum. Also auch der wegen des betreffenden Delikts verurteilte Eigentümer von Exemplaren wird nicht als solcher, sondern nur insoweit sein Eigentum sich in einer der im Abs. II normierten tatsächlichen Beziehungen befindet, getroffen. Es ist sogar denkbar, daß dem verurteilten Täter gehörige Exemplare deshalb nicht unbrauchbar gemacht werden können, weil sie nicht im Besitze einer der im Abs. II genannten Personen und auch nicht öffentlich ausgelegt oder angeboten sind.[2])

der Sache durch deren Unbrauchbarmachung zugefügte Uebel eventuell eine Strafe sein. Daraus ergibt sich, daß nur unter den folgenden zwei Voraussetzungen überhaupt von einer Strafe der Unbrauchbarmachung die Rede sein kann: a) die Unbrauchbarmachung trifft den als Täter oder Teilnehmer zu Strafe Verurteilten (also nicht etwa nur den nicht verurteilten Mit-Schuldigen); b) sie trifft ihn als Eigentümer (nicht etwa nur als den Besitzer).

[1]) Auch etwa darin, daß nach § 41 die Unbrauchbarmachung in allen Fällen obligatorisch ist, kann ich keinen spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkt finden.

[2]) Daß diese dann event. der Einziehung nach § 40 unterliegen, ist eine Sache für sich.

Somit rechtfertigt es sich, die Unbrauchbarmachung des § 41 nicht als Nebenstrafe, sondern als eine neben der Strafe vom Gericht verhängte polizeiliche Maßnahme zu kennzeichnen. Sie ist zwar Folge einer strafbaren Handlung, jedoch ohne ein strafrechtliches inneres Verhältnis zu derselben aufzuweisen.

Es ist schon erwähnt, daß § 42 die Unbrauchbarmachung in genau der gleichen Weise als selbständige Maßregel zuläßt, wie die Einziehung. Daß es sich hierbei um eine polizeiliche Maßnahme handelt, ist uns völlig selbstverständlich. Auch wenn wir die Unbrauchbarmachung im sog. subjektiven Verfahren nach § 41 als Strafe auffassen müßten, so würde dies nichts an dem Resultat für § 42 ändern. Bezüglich dieser letzteren Behauptung kann ganz auf das über die selbständige Einziehung Gesagte verwiesen werden; es gilt natürlich auch hier.

Fassen wir das bezüglich der Einziehung und Unbrauchbarmachung des R.St.G.B. gewonnene Resultat zusammen, so ergibt sich, daß beide Maßnahmen unter dem starken Einfluß präventiver Tendenzen stehen. Während aber diese nach § 40 hinter die hier enthaltenen positiv strafrechtlichen Momente zurücktreten, die Einziehung hier also als Strafe erscheint, ist die Unbrauchbarmachung des § 41 sowie die nach § 42 bezw. § 152 selbständig verhängte Einziehung oder Unbrauchbarmachung als polizeiliche Maßnahme aufzufassen. Das Gleiche gilt endlich im wesentlichen bezüglich der Einziehung ohne Rücksicht ob die confiscanda dem Verurteilten gehören oder nicht. Dagegen erscheint die Verfallerklärung nach § 335 als Strafe analog der des § 40, infolge der sog. Confiskationsverwandlung sogar in noch ausgesprochenerem Maße als dort.

III. Die Nebenstrafen an der Ehre sowie einige Fälle partieller Unschädlichmachung einer Person durch Entziehung einzelner Rechte oder Fähigkeiten.

Es bleibt uns übrig, noch einige Maßregeln des R.St.G.B., welche eventuell nicht rein strafrechtlichen Charakters sein möchten, auf deren juristische Natur, insbesondere auf mitbeteiligte polizeiliche Tendenzen hin, zu prüfen. Da sind unter den sog. Nebenstrafen vor allem noch jene zu erwähnen, welche man

gewöhnlich unter der Bezeichnung von Nebenstrafen an der Ehre zusammenfaßt. Hierher sind zu rechnen:

1) Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nach § 32 ff.
2) Die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter, § 35; ferner §§ 128, 129, 358.
3) Der Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte; §§ 81, 83, 84, 87 — 91, 94, 95 (cf. auch § 6 des sog. Spionagegesetzes von 1893).

Während diese Maßregeln bisher allgemein als echte Nebenstrafen betrachtet wurden, hat neuerdings *Thomsen*[1]) dieselben sämtlich dem Wesen nach für sichernde Maßnahmen erklärt.

Zu diesen „Nebenstrafen" an der Ehre kommen als verwandte Maßregeln:

4) Die Unfähigkeitserklärung zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste, § 319.
5) Die Aberkennung der Fähigkeit als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, § 161.[2]) —

Was zunächst die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nach § 32 betrifft, so besteht diese Maßregel in dem durch den Strafrichter ausgesprochenen Verluste[3]) bestimmter vom Gesetz normierter einzelner Ehrenrechte und Fähigkeiten (§§ 33 und 34). Darin liegt der Gedanke, daß der Betreffende an der Ausübung gewisser Ehrenrechte, an der Betätigung in gewissen Sphären, deren er sich infolge des besonderen Ansehens, welche dieselben genießen, unwürdig gezeigt hat, für die Zukunft verhindert werden soll. Also nicht etwa das Rechtsgut der Ehre als solches soll getroffen werden.[4]) Daß nun diese Entziehung

[1]) Thomsen, Grundriß des deutschen Verbrechensbekämpfungsrechts, 1905, S. 22; ders. d. deutsche Strafrecht, 1906/07, S. 190 ff., 159. So auch Stooß, Schweiz. Zeitschrift, 1905, S. 8.

[2]) Die beiden letztgenannten Maßnahmen werden auch von Frank Anm. II vor § 13 für Präventivmaßregeln erklärt.

[3]) Olshausen Anm. 1 zu § 32 bemerkt richtig, daß es sich nicht um bloße „Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte" handelt, sondern um deren Verlust.

[4]) Thomsen, Strafrecht, S. 190, konstatiert mit Recht, daß der Verlust der Ehrenrechte nach geltendem Rechte dann eintritt, wenn es sich um ehrlose

bestimmter Rechte und Fähigkeiten (§§ 33 und 34) durch ihr Nachwirken in die Zukunft auch präventive Bedeutung haben kann, läßt sich nicht bestreiten. So ist es z. B. klar, daß, wenn ein Vormund sich in der in § 174 Z. 1 St.G.B. bezeichneten Weise an seinem Mündel vergeht und deswegen zu Zuchthaus sowie Ehrverlust verurteilt wird, die nach § 34 Z. 6 als Folge hievon eintretende Unfähigkeit Vormund zu sein, dem Gesichtspunkt der Spezialprävention entsprechen wird. Doch abgesehen davon, daß schon die Bestimmungen des Zivilrechts, bezw. die Funktionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (cf. z. B. B.G.B. § 1886) zur Erreichung der hier in Frage kommenden Spezialprävention genügen, ist es durchaus nicht angängig, die Gesamtheit der in den §§ 33 und 34 an die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte geknüpften Folgen lediglich aus dem Gesichtspunkt der Spezialprävention verstehen zu wollen. Daran kann es auch nichts ändern, wenn die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte es scheinbar nicht darauf abgesehen hat, dem Verurteilten ein Uebel zuzufügen, da gerade der Ehrlose, gegen den sie ja bestimmt ist, den Mangel an Ehrenrechten nicht immer unangenehm empfinden wird.[1]) Wir müssen allerdings sogar sagen: je weniger er diesen empfindet, desto notwendiger ist gerade ihm gegenüber die Aberkennung. Trotzdem ist jedoch die Aberkennung der Ehrenrechte mit ihren Folgen durchaus strafrechtlich zu verstehen; ja sie läßt sich in ihrer Ausgestaltung im R.St.G.B. nur aus dem Gedanken der General-Prävention erfassen. Denn zunächst bezweckt sie, in ihrer Anwendung bei an sich ehrlosen Delikten, nur die Gleichung herzustellen mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes und den sich daraus ergebenden Forderungen; und diese gehen darauf hin, daß der ehrlosen Tat die verunehrende Strafe folge, daß der Verurteilte als ehrlos gebrandmarkt werde durch Entziehung all' jener Rechte und Stellungen, welche nun einmal als Ausdruck der vollen Ehre des Bürgers gelten. In der Tat handelt

---

Delikte handelt, von einer wahren „Ehre" des Verbrechers, die ihm genommen werden könnte, also keine Rede sein kann.

[1]) cf. Stooß (a. a. O. S. 8): „Der Ehrlose wird die Unfähigkeit Soldat zu sein, eher als einen Vorzug ansehen; gerade diesen muß man vor allem vom Heere ausschließen." Etwas anderes wäre es, wenn der Verlust der Ehrenrechte z. B. auf Duell angedroht wäre: vgl. Thomsen, Strafrecht S. 190 Anm. 4.

es sich bei den in den §§ 33 und 34 aufgezählten Rechten und Fähigkeiten um Ausflüsse dieses sog. ius suffragii et honorum, dessen sich der Verurteilte in den Augen der Volksgenossen als unwürdig gezeigt hat, und nicht etwa nur um durch den Verbrecher in Zukunft besonders gefährdete Sphären. Die Entziehung mag sogar als Emanation des Talionsgedankens gelten. — Auch die ganze Ausgestaltung der Entziehung dieser Ehrenrechte in den §§ 32—37 entspricht durchaus nicht der Spezialprävention. Es ist z. B. charakteristisch, daß die Wirkungen der Aberkennung schon mit der Rechtskraft des Urteils eintreten (§ 36); ferner, daß nach § 32 diese Maßregel auch neben Todesstrafe verhängt werden kann sowie neben lebenslänglichem Zuchthause. Von beiden Möglichkeiten macht die Praxis Gebrauch. Dies rechtfertigt sich nur von unserer Auffassung als Strafe aus. „Praktische" Bedeutung hat die Aberkennung in diesen zwei Fällen nur bei eventueller Begnadigung der Hauptstrafe. Nach den Motiven ist die Aberkennung bei Todesstrafe zugelassen, „um den Unterschied zwischen den entehrenden und den nicht entehrenden Fällen der todeswürdigen Verbrechen hervortreten zu lassen." — Ob also der Verurteilte den Verlust der Ehrenrechte als Strafübel empfindet oder nicht, jedenfalls gilt er im Volksbewußtsein als solches; das Vergeltungsbedürfnis soll so befriedigt werden. Dies übersieht *Thomsen*, wenn er (S. 190 f.) annimmt, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte sei eine Vorbeugungsmaßregel, denn die ratio legis sei nur die, den Täter an der Ausübung bestimmter Ehrenrechte zu hindern, weil zu fürchten sei, „daß derselbe hier, sobald sein Interesse in Frage kommt, unehrlich handeln würde". Jene spezialpräventiven Momente müssen wir also nur als sekundäre, ja automatische Wirkungen der als Strafe sich zeigenden Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte betrachten.[1])

[1]) Wenn Thomsen (S. 190) sich für seine Annahme des Nichtstrafcharakters auf den Wortlaut des § 45 beruft, welcher sagt: „wenn neben der Strafe . . . die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig oder geboten ist," sowie auf die Ausdrucksweise des § 37, so kann ich diesem Argument keinerlei Bedeutung beimessen. Abgesehen davon, daß für uns die Ansicht des Gesetzgebers — und nur diese kann sich in solchen Aeußerlichkeiten des Wortlauts spiegeln — überhaupt nicht ohne weiteres maßgebend

In nächster Verwandtschaft mit dem allgemeinen Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte steht die nach § 35 eventuell an Stelle derselben tretende Unfähigkeitserklärung, auf die Dauer von einem bis fünf Jahre öffentliche Aemter zu bekleiden; das über den Verlust sämtlicher Ehrenrechte Gesagte gilt natürlich nicht minder hier, wenn auch nicht verkannt wird, daß hier die Möglichkeit besteht, auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter gerade dann in den zulässigen Fällen zu erkennen, wenn diese nicht nur zur Strafe, sondern auch zur Prävention geboten erscheint. Die gleiche Maßregel findet sich als Nebenstrafe in den §§ 128, 129 und 358 angedroht. In diesen drei letzgenannten Fällen lassen sich allerdings präventive Tendenzen in verstärktem Maße erkennen. Bei § 128 wie bei § 129 handelt es sich um Delikte wider die staatliche Ueberwachung des Vereinswesens *(v. Liszt),* mithin gegen die öffentliche Ordnung. Die Teilnahme eines Beamten an Verbindungen, welche dem Staate gefährlich erscheinen oder welche gar dem staatlichen Leben direkt entgegenwirken, zeigt, daß der Betreffende statt ein Förderer ein Hemmschuh im staatlichen Organismus ist; die Sicherung gedeihlichen Wirkens des Beamtenapparates fordert daher seine Entfernung aus diesem Organismus. Doch ist er nicht nur in seiner Stellung als Beamter dem Staate gefährlich, sondern auch infolge seiner antisozialen Gesinnung eben dieser Ehrenstellung unwürdig. All' dies gilt in noch erhöhtem Maße bei § 358, wenn bei manchen Beamtendelikten neben der Gefängnisstrafe auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auf die Dauer von einem bis zu fünf Jahren erkannt werden kann; zumal ist hier das präventive Moment der Fernhaltung eines Menschen von der Sphäre, der er sich durch seine Tat auch für die Zukunft gefährlich gezeigt hat, besonders deutlich. Trotzdem halte ich auch diese Maßregel für poenae causa verhängt, also für Strafe. Stärker als die Gefährlichkeit des Delinquenten tritt seine durch die Strafe zu kennzeichnende Unwürdigkeit[1]) für die Ehre der

für die Entscheidung der Frage nach der Natur eines Instituts ist, handelt es sich in den genannten zwei Paragraphen nur um der Kürze halber gebrauchte Ungenauigkeiten der Ausdrucksweise, mit denen auch der Gesetzgeber gewiß nicht den ihm von Thomsen untergeschobenen Sinn verbinden wollte.

[1]) Im Begriff der Unwürdigkeit einer Person für eine Stellung liegt — im Gegensatz z. B. zu den rein objektive Tatsachen bezeichnenden Begriffen

Beamtenstellung als legislatorisches Motiv hervor. Diesem generalpräventiven Gesichtspunkt entspricht vor allem die Fixierung der Wirkung der Maßregel auf die Dauer von 1 bis 5 Jahre; in dieser Beschränkung selbst wieder eine präventive Tendenz zu sehen, ist — im Gegensatz z. B. zu § 362, wo es sich um Prävention durch Besserung handelt — hier, wo nur Unschädlichmachung des Betreffenden mitberücksichtigt sein kann, ausgeschlossen.[1]) Und wie in diesem Punkte, so scheint auch sonst die Maßregel mehr den Forderungen der Generalprävention, als Strafübel zu wirken, angepaßt zu sein, als den eine individuellere Ausgestaltung verlangenden Zwecken der Spezialprävention. So wird der Verlust der Fähigkeit, öffentliche Aemter zu bekleiden, ganz allgemein ausgesprochen, und nicht etwa nur bezüglich der Betätigung in solchen Sparten, die durch eine Gesinnung, wie die im Delikt an den Tag gelegte, besonders gefährdet würden. Dazu kommt, daß gerade in § 358 die Maßnahme sich besonders noch mit dem als Strafe erkannten Institute des § 35 und der Aberkennung sämtlicher Ehrenrechte nach § 32 berührt. Denn in den übrigen schwereren Fällen der Beamtendelikte ist Zuchthausstrafe angedroht, neben der ja auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann. Die Maßregel des § 358 erscheint da als eine jene ergänzende, für die leichteren, mit Gefängnis bedrohten Fälle vorgesehene Strafe, analog der des § 35. Also ist diese Unfähigmachung eines Menschen für eine bestimmte Tätigkeit hier als Strafe ausgestaltet, während die vorhandenen spezialpräventiven Elemente zurücktreten.

Verwandt mit der eben besprochenen ist ferner die als Nebenstrafe behandelte Maßregel der §§ 81, 83, 84, 87—91, 94 und 95, wonach gegen den in diesen Fällen zu Festungshaft (bei § 94 zu Gefängnis) Verurteilten auf Verlust der bekleideten öffentlichen Aemter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden kann. Es ist kein Zufall, daß diese, auf die publizistische Stellung des Verurteilten eventuell so stark in-

der Untauglichkeit oder der Gefährlichkeit derselben für jene Sphäre — ein ethisches Werturteil enthalten; mithin ist ein subjektives Verschulden wohl vorausgesetzt.

[1]) Diese Regelung der Dauer ist vielmehr nur als ein je nach der Schwere der Verschuldung auszufüllender Strafzumessungsrahmen aufzufassen.

fluierende Maßnahme sich gerade bei Hoch- und Landesverrat sowie bei Tätlichkeiten und einfacher Beleidigung gegen den Kaiser, den Landesherrn des Täters oder den Landesherrn des deutschen Aufenthaltsstaates des Täters findet, also bei strafbaren Handlungen gegen den Staat. Immerhin ist von den in diesem Kapitel besprochenen Maßnahmen gerade bei dieser hier der Strafcharakter am klarsten; schon dadurch, daß der Verurteilte nur der bereits bekleideten öffentlichen Aemter und aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte verlustig geht; eine Wirkung für die Zukunft liegt darin nur in sekundärer und beschränkter Weise. Denn nichts steht formell entgegen, daß der Verurteilte in Zukunft wieder ein öffentliches Amt oder eine durch Wahl zu erlangende Stellung erhält.

Während es sich in all' den jetzt besprochenen Fällen (oben Ziff. 1 bis 3) vor allem um den Gesichtspunkt handelt, daß der Betreffende infolge der durch sein Verbrechen an den Tag gelegten Gesinnung unwürdig erscheint, all' die genannten Ehrenrechte auszuüben, tritt bei § 319 der Gesichtspunkt der Untauglichkeit des Delinquenten für eine bestimmte Beschäftigung stärker hervor. Nach diesem Paragraphen kann ein im Eisenbahn- oder Telegraphendienste Angestellter wegen einer sich auf seinen Dienst beziehenden strafbaren Handlung (§ 315 bis § 318: vorsätzliche oder fahrlässige Gefährdung des Eisenbahnbetriebes und ebensolche Verhinderung oder Gefährdung des Betriebes einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage) im Urteil für dauernd unfähig erklärt werden zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste. Die Beziehung der „Nebenstrafe" auf das Delikt (Gefährdung des Betriebes) im Sinne der Spezialprävention ist hier offenbar: gerade für die Betätigungssphäre, der sich der betreffende Angestellte durch sein Delikt gefährlich gezeigt hat, soll er dauernd unschädlich gemacht werden; aber auch nur für diese Sphäre; nicht soll ihm, darüber hinausgehend, irgend eine allgemeine Ehrenstellung, etwa die des Beamten, entzogen werden. Von einer solchen ist überhaupt nicht die Rede; der „Angestellte" wird für unfähig erklärt zur „Beschäftigung" im betreffenden Zweige. Das Gesetz hat also nur tatsächliche Verhältnisse, nicht etwa Ehrenstellungen, wie die des Beamten,

im Auge. Dieser präventiven Tendenz entspricht es ferner, wenn nach den Motiven „Eisenbahnbeamte rücksichtlich des Eisenbahndienstes, Telegraphenbeamte nur rücksichtlich dieses Dienstes für unfähig erklärt werden dürfen." Noch stärker betont wird diese Tendenz durch die vom Reichstage aufgenommene eventuelle Beschränkung dieser Unfähigkeit auf bestimmte Zweige des einzelnen Dienstes. Auf Unfähigkeit zur Beschäftigung sowohl im Eisenbahn- wie im Telegraphendienste ist also nur zu erkennen, wenn eine Konkurrenz eines Delikts gegen den Eisenbahnbetrieb mit einem solchen gegen den Telegraphenbetrieb gegeben ist.[1])

Aus diesen Gründen möchte ich hier das Vorliegen einer polizeilichen in die Hände des Richters gelegten Sicherungsmaßregel erblicken; und zwar trotz der unverkennbaren, durch die Aufnahme in das St.G.B. dokumentierten generalpräventiven Momente. Man könnte vielleicht einwenden, daß es nur diese seien, welche die Aufnahme der Maßregel in das St.G.B. erklären, so daß sich diese letztere hier als poenae causa angewendet zeige; denn wenn es sich um Erreichung der Spezialprävention handle, erscheine die Betrauung des Richters mit der Verhängung insofern unverständlich, als die Verwaltung der Eisenbahnen oder Telegraphenanlagen den gleichen Effekt der Fernhaltung des untauglichen Individuums vom Dienste von sich aus durch Enthebung von der Funktion erreichen könnte. Dazu komme, daß bei Ueberlassung an das Ermessen der einschlägigen Verwaltungen die Maßregel erst recht dem Zwecke genau angepaßt werden könne; insbesondere würde ein Hinausschießen über das Ziel vermieden werden, wie solches doch gewiß in manchen Fällen gerichtlichen Ausspruchs vorkomme, wo die einmal erkannte Unfähigkeit auf Lebenszeit bestehen bleibt. Ich gebe zu, daß dieser letztere Punkt vor allem generalpräventive Bedeutung hat. Immerhin kann eine eventuelle Härte durch vorsichtiges Anwenden der ja nur fakultativen Maßregel, in genauer Abwägung ihrer Schwere mit dem damit erstrebten Erfolg der Sicherung, ausgeglichen werden. Was ferner den Umstand anlangt, daß es vom Standpunkt der Spezialprävention aus scheinbar unverständlich erscheint, den Richter mit der Verhängung zu betrauen, so kann

[1]) cf. Olshausen N. 2 zu § 319.

dieser höchstens insofern eine gewisse Geltung beanspruchen, als es sich um staatliche Betriebe handelt, von deren Beamten man annehmen kann, daß sie, ebensosehr wie der staatliche Richter, auf Abhaltung künftiger Gefährdung bedacht sein werden. Immerhin erscheint selbst da die Beteiligung des Richters, der den betreffenden Deliktsfall doch schon genau kennt, verständlich, abgesehen davon, daß dieser Weg ja auch staatlichen Betrieben gegenüber vom Standpunkt der Spezialprävention aus jedenfalls der sicherere ist. Dazu kommt, daß es sich nicht nur um staatliche Betriebe handelt; auch die Gefährdung dieser anderen — man denke vor allem an Privatbahnen — will und muß der Staat abhalten; und hier hat er natürlich besonders recht, sich nur auf die von seinen richterlichen Organen getroffenen Maßnahmen mit Sicherheit zu verlassen. Wie wenig ein solcher Einwand wie der eben erwähnte vom Standpunkt des Gesetzes aus stichhaltig erschiene, mag vollends der Umstand zeigen, daß der Gesetzgeber sich sogar veranlaßt gefühlt hat, in § 320 die Beachtung der gerichtlichen Unfähigkeitserklärung seitens der Vorsteher von Eisenbahngesellschaften oder Telegraphen-Anstalten unter Strafsanktion zu stellen. — Wir kommen also zum Resultate, daß die vorhandenen generalpräventiven Momente an unserer Auffassung der besprochenen Maßnahme als einer polizeilichen nichts zu ändern vermögen.

Aehnlich wie in § 319 liegt der Fall des § 161, nach welchem das Gericht bei jeder Verurteilung wegen Meineids (mit Ausnahme der Fälle der §§ 157 und 158) neben dem hier obligatorischen Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, erkennen muß.[1]) Im Gegensatz zu § 319 halte ich jedoch hier die generalpräventiven Momente für überwiegend, die Maßnahme also für Strafe. Denn vom spezialpräventiven Standpunkt aus geht es entschieden zu weit, hier, wo eine abermalige Begehung des befürchteten Delikts doch nur vor dem Richter geschehen kann, dem Betreffenden ein für alle Male die Fähigkeit eidlicher Aussage absolut zu nehmen und noch dazu diese Maßnahme als in den genannten Fällen ob-

[1]) cf. dazu §§ 56 Ziff. 2 (sowie 72) St.P.O. und 393 Ziff. 2 (sowie 402) Z.P.O.

ligatorisch festzusetzen. Allerdings wird ja auf dem gewählten Wege die Unschädlichmachung des Verurteilten für künftige Meineide (als Zeuge oder Sachverständiger) am radikalsten erreicht. Doch schießt dies insofern über das Ziel, als eventuell das staatliche Interesse an der Erlangung möglichst zuverlässiger Aussagen vor Gericht dem an dauernder Unschädlichmachung entgegensteht. Dazu kommt die Unterschätzung möglicher Besserung des Meineidigen; kurz die Individualität des einzelnen Falles ist nicht so berücksichtigt, wie dies bei einer sichernden Maßnahme mit Rücksicht auf ihren Zweck sein müßte. Man denke an die Zeugen, welche ja nicht so fungibel sind, wie die meist beliebig durch andere zu ersetzenden Sachverständigen. Es ist ganz gut möglich, daß ein früher meineidiger Zeuge sich derart gebessert hat, daß die Gefahr abermaligen Meineides ausgeschlossen ist und daß gerade die eidliche Vernehmung dieses Zeugen in einem neuen Prozesse zur Erlangung der Wahrheit unbedingt geboten erscheint. Hier schneidet sich das Gesetz durch die Rigorosität seiner Bestimmung gleichsam selbst ins Fleisch. Der Spezialprävention wäre in Anbetracht solcher Fälle völlig genügt, wenn der Gesetzgeber in die Prozeßordnungen eine Bestimmung aufnehmen würde, daß es, wenn ein Zeuge (oder Sachverständiger) früher wegen Meineids verurteilt worden ist, dem Ermessen des Gerichtes freisteht, denselben unbeeidigt oder beeidigt zu vernehmen, letzteres etwa in der durch Z.P.O. § 393 Abs. II normierten Weise fakultativer nachträglicher Beeidigung (cf. auch St.P.O. §§ 57 Abs. I und 60 sowie Z.P.O. § 391 Abs. I).[1]) Besser als der über den Meineid aburteilende Strafrichter könnte der später den betreffenden Menschen als Zeugen vor sich sehende Richter beurteilen, ob im konkreten Fall wieder ein Eidesdelikt zu fürchten steht. Wenn trotzdem das Gesetz die definitive Bestimmung über die Eidesfähigkeit des Betreffenden in die Hand des Erstrichters, des verurteilenden

[1]) So dienen z. B. die §§ 393 Ziff. 3 und 4 in Verbindung mit Abs. II, auch 391 Abs. I Z.P.O. sowie §§ 56 Ziff. 3, 57 und 60 St.P.O. mit der Verhütung von Meineiden. — Anderseits ist natürlich der gerichtliche und diesem gleichgestellte Meineid nur darum unter so schwere Strafen gestellt, weil der Eid ein unentbehrliches Mittel der Wahrheitserforschung im Prozeß ist.

Strafrichters legt, so zeigt dies, daß mehr als die Sicherung die Brandmarkung des verurteilten Meineidigen, insbesondere unter Berücksichtigung des Werturteils der Volksgenossen, gilt. Und ebensosehr spricht für den Strafcharakter das Obligatorische der Unfähigkeitserklärung. Von den Grundsätzen der Spezialprävention aus müßte, wenn nun einmal die Maßnahme vom Strafrichter in seinem Urteil ausgesprochen werden soll, wenigstens diesem die Möglichkeit geboten sein, auf etwa vorhandene individuelle Verhältnisse des Falles, welche die Verhängung gerade unzweckmäßig erscheinen lassen, Rücksicht zu nehmen.

Aus diesen Gründen halte ich die Unfähigkeitserklärung zur eidlichen Vernehmung als Zeuge oder Sachverständiger für Strafe.

An dieser Stelle sei erwähnt, daß nach § 31 St.G.B. jede Verurteilung zur Zuchthausstrafe von Rechtswegen die dauernde Unfähigkeit des Betreffenden zum Wehrdienste und zur Bekleidung öffentlicher Aemter zur Folge hat. Es ist dies nicht eine Strafe, sondern schon wegen des formellen Verhältnisses als ipso iure, also ohne ausdrückliches gerichtliches Erkenntnis eintretende Straffolge eine Einrichtung sui generis.[1]) Daß dabei präventive Momente — automatisch — mit eine Rolle spielen, ist nicht zu bezweifeln. Immerhin prävaliert der Gesichtspunkt, die Zuchthausstrafe in Uebereinstimmung mit der Volksauffassung auch äußerlich in gewisser Weise als entehrend zu kennzeichnen. Der Gesetzgeber hat also die Konsequenz seiner, auch in den Motiven niedergelegten Auffassung nicht gezogen, daß die Zuchthausstrafe an sich nicht entehrend sei, sondern er hat sich zu dieser Konzession an die entgegenstehende, historisch begründete allgemeine Ansicht bequemt. Doch wird das Entehrende nicht in der Abbüßung der Zuchthausstrafe, sondern schon in der Verurteilung dazu gesehen; denn schon diese (d. h. das rechtskräftige Urteil) zieht die genannten Wirkungen nach sich. Aus diesem Grund läßt auch ein Gnadenerlaß der Zuchthausstrafe diese Wirkungen der Verurteilung bestehen, dagegen kann selbstverständlich eine ausdrückliche Begnadigung für dieselben eintreten.[2])

[1]) Es handelt sich um sogen. Rechtsverwirkungen; s. v. Liszt, Lehrb. § 58, II 4.

[2]) Vgl. ferner § 31 Milit.St.G.B., wonach neben jeder Verurteilung zu Zuchthausstrafe auf Entfernung aus dem Heere bzw. der Marine zu erkennen

Die Betrachtungen dieses Kapitels werden an Klarheit gewinnen, wenn wir uns kurz vergegenwärtigen, wie, abgesehen von den besprochenen Fällen, die Möglichkeit besteht, die Unschädlichmachung eines Menschen für eine von ihm besonders gefährdete Sphäre im Rechte anzuwenden.[1]) So kennt das B.G.B. in § 1666 Beschränkungen der elterlichen Gewalt des Vaters — das gleiche gilt nach § 1686 für die elterliche Gewalt der Mutter — durch das Vormundschaftsgericht, falls jener das geistige oder leibliche Wohl des Kindes in bestimmter Weise gefährdet. Hat ferner „der Vater das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhalts verletzt und ist für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen, so kann dem Vater auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden." Nach § 1680 verwirkt ferner der Vater (bezw. die Mutter) die elterliche Gewalt, „wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird" — und zwar mit Rechtskraft des die Strafe aussprechenden Urteils ipso iure.[2])

Oetker erwähnt ferner, daß im Kriege der auf frischer Tat ertappte Spion gemäß dem Kriegsgebrauch (cf. St.G.B. § 91 Abs. I) erschossen wird. Auch darin ist keine Strafe, sondern lediglich eine Unschädlichmachung zu sehen.[3])

---

ist; eine Folge hiervon ist nach § 32 die Unfähigkeit, je wieder in das Heer einzutreten.

[1]) Vgl. dazu Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe (a. a. O.) S. 585 ff.; auch Binding Handbuch I S. 326 ff. De lege ferenda neuerdings Goldschmidt a. a. O. S. 411 ff., bes. S. 421—424; der Verfasser scheidet scharf zwischen der Ausgestaltung von Maßnahmen der genannten Art als Strafen einerseits, als sichernde Maßregeln bzw. Rechtsverwirkungen andrerseits.

[2]) Dies ist also eine Rechtsverwirkung als Folge der Verurteilung zu einer Strafe, analog § 31 St.G.B.: die ratio ist freilich eine völlig andere: dort die Reinhaltung des Heeres oder des Beamtentums, hier Schutz des Kindes. Unwürdigkeit des Verurteilten der entzogenen Tätigkeit gegenüber besteht in beiden Fällen.

[3]) Die Anwendung des Kriegsgebrauchs ist nach dem Grundsatz des § 2 St.G.B. keine Strafe. Wird der Spion, was ja zulässig ist, begnadigt, so tritt nicht Freiheitsstrafe, sondern die ebenfalls nur unter den Gesichtspunkt der Unschädlichmachung fallende Kriegsgefangenschaft an die Stelle.

Eine interessante Zusammenstellung von Maßregeln in Nebengesetzen, welche Fernhaltung des Delinquenten von Gebieten, die durch ihn eventuell deliktisch gefährdet erscheinen, herbeiführen, findet sich bei *Thomsen,* Strafrecht S. 192 ff.

Beachtlich ist in dieser Beziehung auch der schweizer. Strafgesetz-Entwurf, der in den Art. 40—44 die Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit, die Amtsentsetzung, das Verbot einen Beruf, ein Gewerbe, ein Handelsgeschäft auszuüben, endlich die Entziehung der elterlichen und vormundschaftlichen Gewalt als gerichtlich auszusprechende Folgen strafbarer Handlungen normiert. Speziell bezüglich der letzten beiden Maßnahmen ist die Parallele mit den genannten Bestimmungen des B.G.B. von Interesse. Auf die Frage, ob sie im schweizer. Entwurf eine Strafe oder eine sichernde Maßnahme darstellen, sei hier nicht eingegangen. Es genügt der Hinweis auf die Möglichkeit, einer Maßregel durch verschiedene Gestaltung und Anwendung durchaus verschiedenen rechtlichen Charakter zu geben. *Stooss* (Schweiz. Zeitschr. 1905 S. 7 f.) hält alle die genannten Institute des Entwurfs ihrer Natur nach für sichernde Maßnahmen; trotzdem stellt er sie (ebenso wie die Landesverweisung) „in Uebereinstimmung mit dem kantonalen Recht und der geltenden Anschauung einstweilen unter die Strafen ein." Und weiter sagt er: „Praktisch tritt der Unterschied zwischen Strafe und sichernder Maßnahme hier nur bei der Begnadigung hervor." In der Tat unterstehen die genannten Institute nach dem Entwurfe der Begnadigung und zum Teil der Wiedereinsetzung. —

Fassen wir das Resultat der Betrachtungen dieses Abschnittes zusammen, so sind folgende im R.St.G.B. geregelte, als Folgen von strafbaren Handlungen sich darstellende und vom Strafrichter — wenigstens der Zulässigkeit nach — urteilsmäßig verhängte Maßregeln nicht Strafen, sondern Maßnahmen polizeipräventiven Charakters:

1) Die Zwangserziehung von Jugendlichen nach § 56 Abs. II.
2) Die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde nach § 362 Abs. II—IV; cf. auch § 181 a.
3) Die Polizei-Aufsicht nach §§ 38 und 39.
4) Die Verweisung aus dem Bundesgebiete nach § 284 (bei deren Verhängung der Richter übrigens unbeteiligt ist).

5) Die Einziehung in allen Fällen des St.G.B. mit Ausnahme des Falles des § 40 und der Verfallerklärung nach § 335.
6) Die Unbrauchbarmachung nach §§ 41 und 42.
7) Die Erklärung der Unfähigkeit zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste nach § 319.

III. Teil.

Die Anwendung der allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze auf die sichernden Massnahmen des Reichsstrafgesetzbuchs.

Allgemeines.

Wir haben im I. Teile den prinzipiellen Unterschied zwischen Strafen und sichernden Maßnahmen zu erfassen gesucht und haben ihn im wesentlichen als Gegensatz der Generalprävention und der Spezialprävention formuliert. Schon allein mit Rücksicht auf diesen tiefgreifenden Wesensunterschied muß es, insbesondere für den Gesetzgeber, von hoher Bedeutung sein, zu wissen, wann es sich um eine Maßregel der einen, wann der anderen Art handelt. Beide gipfeln in der Bekämpfung des Verbrechens, beide suchen sie aber auf ganz verschiedenem Wege zu erreichen. Jeder dieser Wege ist nur unter bestimmten Voraussetzungen, auf die hier nicht näher einzugehen ist, der richtige, und jeder zieht, einmal betreten, seine eigenen Konsequenzen nach sich. Am falschen Orte angewendet wird keine der beiden hier genannten Bekämpfungs-Methoden des Verbrechens ihr Ziel erreichen. Eine stets das Richtige treffende, zweckentsprechende Anwendung derselben ist jedoch nur denkbar, wenn diese Anwendung mit vollem Bewußtsein, mit zielbewußter Absichtlichkeit geschieht. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber muß sich über das Wesen der von ihm gebrauchten Maßnahmen voll im klaren sein, um dieselben in jedem einzelnen Falle mit unbedingter Sicherheit im Dienste der Verbrechensbekämpfung handhaben zu können. Die

Erkenntnis, was Strafe, was sichernde Maßnahme sei, hat also hohen kriminalpolitischen Wert.

Doch ist es nicht genug, daß in jedem Falle das richtige Mittel gebraucht wird, jedes Mittel erfordert vielmehr auch eine seinem Wesen gemäße Ausgestaltung und Durchführung. Die verschiedenen Zwecke bei der Anwendung der Generalprävention bezw. der Spezialprävention stellen nun ganz verschiedene Anforderungen an die Durchführung der in ihrem Dienste stehenden Maßregeln. Während die Repression geschehenen Unrechts bezweckenden Strafen bezüglich ihrer Anwendung und aller sich an diese knüpfenden Punkte ein für alle Male normierten allgemeinen Grundsätzen unterstehen müssen, muß es der oberste Grundsatz bei Anwendung einer künftige Spezialprävention erstrebenden Maßregel sein, daß dieselbe genau dem Sicherungsbedürfnisse des individuellen Falles angepaßt werde; nicht mehr und nicht weniger darf geschehen als dieses erfordert. Dagegen wird jede Anwendung der für Generalprävention berechneten Grundsätze auf Sicherungsmaßnahmen die Wirkungen dieser letzteren beeinträchtigen; die Verjährung, die Begnadigung u. s. w. entsprechen nicht dem Wesen von sichernden Maßnahmen. — Diese Unterschiede bringen der Aufnahme sichernder Maßnahmen in Strafgesetzbücher große legislatorische Schwierigkeiten entgegen. Ist diese Aufnahme aber geschehen, so knüpft sich in der eben angedeuteten Richtung meist die interessante Frage daran, inwieweit jene Forderungen bezüglich der sichernden Maßnahmen erfüllt sind, d. h. welchen Grundsätzen, insbesondere im Gegensatz zu den rein strafrechtlichen, dieselben unterstehen. Zumal dann ist dies der Fall, wenn der Gesetzgeber die sichernden Maßnahmen nicht systematisch scharf von den Strafen getrennt hat oder sich etwa gar nicht einmal selbst völlig klar war, was als Strafe, was als Präventivmaßregel zu gestalten sei. In solcher Weise liegt die Sache in unserem R.St.G.B. Es ist dies ein Strafgesetzbuch im vollen Sinne des Wortes und nicht etwa ein „Gesetzbuch des Verbrechensbekämpfungsrechtes." Die Strafen und insbesondere die strafrechtlichen Grundsätze beherrschen sein System. An eine eigene Regelung der Präventivmaßregeln in systematischer und folgerichtiger Weise wurde nicht gedacht.

Angesichts dieser formellen Unterordnung der sichernden

Maßnahmen unter die Strafen soll hier der Versuch gemacht werden, nachzuforschen, inwieweit die sichernden Maßnahmen eine von den strafrechtlichen allgemeinen Grundsätzen unseres G.B. abweichende Behandlung ihrem Wesen nach verlangen, und inwieweit diese Forderungen eben in Anbetracht jener Unterordnung erfüllt werden können.

Bevor wir jedoch auf die sich aus dem Wesen der Strafe selbst ergebenden Grundsätze in ihrer Anwendung auf die polizeilichen Maßnahmen eingehen, wollen wir zunächst einige mehr formelle Fragen der Gesetzesanwendung prüfen, welche auch aus dem Mangel ausdrücklicher Berücksichtigung der sichernden Maßnahmen bei Abfassung des St.G.B. resultieren.

1) Das Verhältnis von Reichsrecht und Landesrecht bezüglich der polizeilichen Maßnahmen des R.St.G.B.

Da ist zunächst die Frage, inwieweit das R.St.G.B. mit Aufnahme bestimmter Polizei-Maßregeln die Androhung derselben der Landesgesetzgebung verbieten wollte. Nach § 5 E.G. zum St.G.B. dürfen in landesgesetzlichen Vorschriften über Materien, welche nicht Gegenstand des R.St.G.B. sind (cf. § 2 E.G.), nur Gefängnis bis zu zwei Jahren, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Aemter angedroht werden.[1])

Wenn das Gesetz sagt: es darf nur Gefängnis etc. angedroht werden, so ist dies, wie *Olshausen* (N. 7 zu § 5 E.G.) richtig bemerkt, zweifellos dahin zu interpretieren, daß nur die hier genannten Strafen angedroht werden dürfen. Die „Androhung" andrer Folgen eines Delikts will § 5 überhaupt nicht treffen. Daher steht auch der Statuierung polizeilicher Maßnahmen als Deliktsfolgen durch das Landesrecht in den diesem offenen Materien nichts im Wege.[2])

[1]) Ich kann nicht anerkennen, daß diese Bestimmung sich nur auf künftige Landesgesetze beziehen soll, dagegen nicht auf zur Zeit des Inkrafttretens des E.G. schon bestehende, wie dies die herrschende Ansicht ist; cf. Olshausen N. 2 zu § 5 E.G. (dort auch die Literaturangabe). Ich schließe mich der Begründung Bindings, Handbuch I S. 298 ff. an.

[2]) „Die gesamte Vorbeugung, soweit sie gesetzlicher Regelung bedarf, gehört prinzipiell nicht zu den Gegenständen des Reichsstrafrechts." — „Dies

An sich müßte das Landesrecht insoweit auch von den im St.G.B. selbst verwendeten polizeilichen Maßnahmen Gebrauch machen können. Dem könnte aber entgegenstehen, daß die im G.B. aufgenommenen Polizei-Maßnahmen ohne Rücksicht auf ihren wahren Charakter eben doch der Terminologie des Gesetzes und der Meinung des Gesetzgebers nach — größtenteils wenigstens — unter die Strafen fallen, § 5 E.G. dieselben also insoweit mit ausschließen will. Gestützt wird eine solche Auffassung durch die hier ausdrückliche Zulassung der „Einziehung einzelner Gegenstände." Der Gesetzgeber hält es also für nötig, die Einziehung, die doch im St.G.B. meist polizeiliche Maßregel ist, dem Landesrecht eigens zuzuweisen. Wohl deshalb, weil er sie eben für eine sonst nach § 5 diesem verschlossene Strafe hält. Oder sollte damit nur gemeint sein, daß die Einziehung auch als Strafe vom Landesrecht verwendet werden darf, während dies als Polizeimaßregel selbstverständlich ist? Ich glaube, die erste Deutung entspricht mehr dem Sinne des Gesetzgebers.[1]) Wollten wir die Folgerungen aus derselben ziehen, so kämen wir dazu, alle jene Maßregeln auf Grund des § 5 E.G. dem Landesstrafrecht zu verschließen, welche der Gesetzgeber für Strafe hält. Ganz abgesehen jedoch davon, daß die Ansicht des Gesetzgebers nicht immer klar zu Tage tritt, läge darin auch eine Inkonsequenz.

Prinzip erkennt G.B. § 55 bezüglich der Strafunmündigen ausdrücklich an." Binding, Handbuch I S. 324.

§ 5 kann natürlich eventuell höchstens bezüglich der in den Formen der Strafe angewendeten (also vom Gesetz als Folge einer strafbaren Handlung statuierten, vom Strafrichter urteilsmäßig gegen den Schuldigen verhängten) sichernden Maßnahmen in Betracht kommen; nicht etwa bezüglich polizeilicher Maßnahmen überhaupt!

[1]) Sehr beachtenswert ist auch, daß der I. Entwurf des E.G. im Art. IV Abs. 2 (wo, umgekehrt wie in § 5, die der Landesgesetzgebung verschlossenen Strafen aufgezählt wurden) die Polizei-Aufsicht der Landesgesetzgebung ausdrücklich verbot. Der II. Entwurf gestattete in § 5 der Landesgesetzgebung die Androhung der Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht. Auf den Antrag des Abgeordneten Lasker wurde aber die Polizei-Aufsicht für die Landesgesetzgebung wieder gestrichen und die Entziehung öffentlicher Aemter an deren Stelle gesetzt. Fuhr, die Polizei-Aufsicht, S. 31, verschließt deswegen, also der gesetzgeberischen Absicht nach, die Androhung der Polizei-Aufsicht auf Grund von § 5 E.G. der Landesgesetzgebung, obwohl er sie, S. 94 ff. für eine sichernde Maßnahme erklärt.

Denn für das Wesen einer Maßregel und die sich daraus ergebenden Folgerungen kann nur deren konkrete Erscheinung im Gesetz bestimmend sein. Doch läßt sich diese Scheidung zwischen der Ansicht des Gesetzgebers und dem Willen des Gesetzes nicht immer ganz rein durchführen; und gerade hier liegt ein solcher Fall vor. Denn wenn § 5 die Einziehung allgemein als Strafe behandelt, so hat sich damit die Meinung des Gesetzgebers im Gesetze selbst objektiviert; wir hätten also den Widerspruch, daß die Einziehung (in dem im II. Teile gezogenen Umfange) eben durch ihre Regelung im Gesetz polizeilichen Charakter hat, während das Gesetz selbst sie als Strafe bezeichnet.[1]) Also nicht Meinung des Gesetzgebers und Ausführung durch das Gesetz stehen sich gegenüber, sondern die Worte des Gesetzes selbst entsprechen nicht seiner faktischen Regelung des Gegenstandes. Selbstverständlich ist dies nur eine Folge der mangelnden Klarheit auf Seite des Gesetzgebers. Natürlich wäre es von hier aus erst recht schwierig, zu entscheiden, welche der von uns als polizeiliche Maßregeln erkannten Institute des St.G.B. nach Analogie der Einziehung gemäß § 5 als „Strafen" zu betrachten seien. Man könnte diesen Knoten höchstens durchschneiden, indem man sagte: sämtliche vom R.St.G.B. aufgenommenen polizeilichen Maßregeln, von denen nicht, wie bei der Zwangserziehung Jugendlicher, das Gesetz selbst das Gegenteil ausdrücklich normiert, betrachtet § 5 als Strafen und verbietet sie also dem Landesrecht. Damit käme man im Erfolge zum Resultate *Bindings*, welcher annimmt, daß das St.G.B. durch Aufnahme sichernder Maßnahmen insoweit ein gemeines Reichspolizeirecht geschaffen habe, welches als solches das Landesrecht ausschließe. Auf diesen Standpunkt werden wir gleich zurückkommen. Von unserem bisherigen Gedankengang aus erscheint es jedoch als durchaus willkürlich, dem Landesrecht gerade die vom Strafgesetzbuch zufällig aufgenommenen sichernden Maßnahmen verbieten zu wollen, es ihm dagegen im übrigen freizustellen, innerhalb seiner Sphäre an strafbare Handlungen andere Folgen polizei-präventiven Charakters zu knüpfen. Konsequent wäre hier vielmehr nur

[1]) Letzteres tut es ja wohl auch durch die Einreihung in den Abschnitt „Strafen."

eine wörtliche Interpretation des § 5, also dahingehend, daß dieser sich nicht nur auf die Androhung wirklicher Strafen beziehe, sondern überhaupt auf die Androhung aller vom Strafrichter zu verhängenden, also in die Form von Strafen gekleideten Deliktsfolgen. Demnach wäre es der Landesgesetzgebung nicht gestattet, außer der Einziehung[1]) überhaupt irgend eine sichernde Maßnahme in den Formen der Strafe an ein Delikt zu knüpfen. Eine solche Folgerung würde aber nicht nur dem § 5 eine (mit seinem Wortlaut allerdings verträgliche) Meinung unterschieben, die ihm keineswegs zukommt, sondern damit auch gegen das Prinzip verstoßen, daß die polizeilichen Maßregeln überhaupt keine vom Strafgesetzbuch ausschließlich normierte Materie bilden. Denn wenn wir dieses Prinzip einmal anerkennen, ist nicht einzusehen, warum etwa die doch bloß aus Zweckmäßigkeitsrücksichten statuierte Uebertragung des Ausspruchs einer solchen Maßregel an den Strafrichter dem Landesrecht verschlossen sein soll, während sonst die Verhängung sichernder Maßnahmen dem Landesrecht freisteht.

Die Grundbedingung, um jenen Widerspruch zu lösen, ist zunächst die, daß man von dem festgestellten Charakter eines Instituts ausgeht, ohne Rücksicht auf eine etwaige Unklarheit in der Meinung des Gesetzes über diesen Punkt. Dann bleiben nur die folgenden beiden Alternativen:

1) Da § 5 sich nur auf Strafen bezieht, steht es dem Landesrecht in den ihm reservierten Materien frei, wie polizeiliche Maßnahmen überhaupt, so auch die vom R.St.G.B. auf-

[1]) Und eventuell noch der Entziehung öffentlicher Aemter, falls nämlich das Landesrecht dieselbe im einzelnen Falle als sichernde Maßnahme gestalten sollte. - Es ist hier überhaupt zu betonen, daß die von uns besprochenen Maßregeln, wenn man dieselben ganz allgemein betrachtet (z. B. „die Einziehung"), fast sämtlich so beschaffen sind, daß sie sowohl als Strafe wie als polizeiliche Maßnahme ausgestaltet werden können. Als Strafe geformt dürfte sie (z. B. das Arbeitshaus) die Landesgesetzgebung dem Grundsatze des § 5 entsprechend natürlich nicht verwenden. Vgl. auch Binding, Handbuch I. S. 327, betreffend das Verbot für die Landesgesetzgebung, eine Maßregel (speziell den Verlust öffentlicher oder privater Rechte des Verbrechers), die bald als Strafe, bald als Nichtstrafe gestaltet werden kann, zur Strafe zu verwenden. Wir haben aber im Folgenden natürlich jene Maßregeln nicht irgendwie in abstracto im Auge, sondern nur in ihrer konkreten Gestaltung im R.St.G.B. als polizeiliche Institute.

genommenen als Deliktsfolgen „anzudrohen." Wenn also § 5 die „Einziehung einzelner Gegenstände" expressis verbis nennt, so ist diese ausdrückliche Gestattung insoweit überflüssig, als die Einziehung polizeiliche Maßnahme ist; (nach § 5 kann nun jedoch die Einziehung auch als Strafe von der Landesgesetzgebung statuiert werden). — Oder:

2) Obgleich dem Landesrecht die polizeilichen Maßregeln, auch in Anknüpfung an Delikte, an sich frei stehen, darf es doch die im St.G.B. aufgenommenen Polizei-Maßregeln nicht ohne weiteres verwenden, und zwar weil durch diese Aufnahme das Reich gemeines Polizeirecht geschaffen habe; so ist die Ansicht *Bindings* (Handbuch I, S. 324): „Diese Freiheit der Landesgesetzgebung wird aber dadurch beschränkt, daß das Reichsrecht in das Gebiet der Präventivmaßregeln selbst mehrfach übergreift und insoweit absolut gemeines Polizeirecht schafft, wenn dieses auch wesentlich den Charakter von Normativbestimmungen an sich trägt." In Anmerkung nennt *Binding* daselbst ausdrücklich die nach seiner Ansicht polizeiliche Maßregeln enthaltenden Paragraphen, nämlich 38, 39, 41, 42, 55 Abs. II, 56 Abs. II, 362. Alle diese Maßregeln sollen durch die Schaffung gemeinen Polizeirechtes, soweit dieses reicht, der Landesgesetzgebung natürlich schlechthin entzogen sein, also nicht etwa nur bezüglich ihrer Verhängung in Strafform.

Selbst die Richtigkeit dieser Ansicht einmal angenommen, würde aber meines Erachtens dadurch das Landesrecht bezüglich der betreffenden Polizei-Maßregeln noch nicht schlechthin ausgeschlossen. Es müßte vielmehr erst im einzelnen Falle genau untersucht werden, inwieweit die reichsgesetzliche Regelung eine Ausschließung, inwieweit dagegen eine bloße Beschränkung des Landesrechts bezüglich der Art der Regelung der an sich zulässigen Polizei-Maßregel herbeiführen würde. *Binding* selbst vertritt diese Ansicht, wenn er sagt, jenes absolut gemeine Polizeirecht habe im Wesentlichen den Charakter von Normativbestimmungen. Wenn er z. B. im Folgenden (S. 325) diese Normativbestimmungen bezüglich der Stellung unter Polizei-Auf-

sicht darin sieht, „daß eine Stellung unter Polizei-Aufsicht in Folge von Verbrechen und Vergehen nur eintreten kann auf Grund eines Strafurteils, welches die Zulässigkeit derselben ausspricht, und welches seinerseits wieder eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung des Richters voraussetzt.“ so würde auch nach dieser seiner Ansicht die Landesgesetzgebung insoweit die Polizei-Aufsicht selbst als Deliktsfolge verwenden können, als sie dieselbe innerhalb der ihr zugewiesenen Materien nur auf Grund gesetzlich normierter Voraussetzungen und richterlichen die Zulässigkeit aussprechenden Urteils eintreten ließe. Und soweit sie nicht als Folge eines Verbrechens oder Vergehens gestaltet wäre, stünde eine Polizei-Aufsicht dem Landesrecht überhaupt frei. — Besondere Schwierigkeiten würde zumal die korrektionelle Nachhaft bereiten. Denn das Arbeitshaus wird tatsächlich von manchen Einzel-Staaten auch zu rein polizeilichen Zwecken verwendet (cf. *Hippel,* Bettel S. 64 ff. und 137 ff.). Da müßte denn zunächst im einzelnen Falle genau untersucht werden, inwieweit es sich bei einer solchen Maßregel inhaltlich noch um die des § 362 handelt; soweit sie sich als wesensverschieden herausstellen würde, wäre sie natürlich dem Landesrecht frei. Aber auch wo die gleiche Maßnahme vorliegt, wäre noch zu untersuchen, ob sie in concreto durch die Normativbestimmungen der §§ 361, 362 ausgeschlossen ist, also wie weit jene Normativ-Bestimmungen reichen. Gehört zu ihnen z. B. auch der Satz, daß die korrektionelle Nachhaft lediglich als Deliktsfolge, und dann natürlich nur unter den Voraussetzungen der §§ 181 a, 361, 362 vorkommen dürfe, oder sollen dieselben lauten: soweit die korrektionelle Nachhaft Deliktsfolge sein soll, ist sie an jene Voraussetzungen gebunden, im übrigen jedoch, also nicht als Deliktsfolge normiert, steht sie der Landesgesetzgebung frei? Bei Annahme der letzteren Alternative würden wir uns bis auf einen kleinen Schritt der schon zurückgewiesenen Auffassung nähern, daß nur die Verhängung sichernder Maßnahmen in Strafform der Landesgesetzgebung verboten sein solle. — Es genüge hier die Andeutung jener Schwierigkeiten. *Binding* (Handb. S. 325) sagt hierüber: „Besonders einschneidend sind die beiden Bestimmungen, . . . ferner, daß nur bei den Uebertretungen des § 361 3—8 eine Unterbringung des Verurteilten und Bestraften in ein Arbeitshaus oder

seine Verwendung zu gemeinnützigen Arbeiten zulässig sein soll, und zwar auch nur auf Grund eines die Landespolizeibehörde hiezu ermächtigenden Strafurteils."

Ich kann mich aber der Ansicht *Bindings* nicht anschließen; die Behauptung, durch das Uebergreifen der Reichsgesetzgebung in das Gebiet der Präventivmaßregeln werde absolut gemeines, also das Landesrecht ausschließendes Polizeirecht geschaffen, erscheint mir nicht so selbstverständlich. Die Vermutung spricht wohl dagegen.[1] [2]

Ich schließe mich vielmehr der ersten Alternative an,[3] nach welcher, auch soweit das Reichsrecht in das Gebiet der Polizei-Maßnahmen eingegriffen hat, deren Verwendung dem Landesrecht

[1]) Aeußerlich, d. h. im Resultate, würde diese Ansicht Bindings mit dem Sinne des § 5 E.G., wie ihn insbesondere dessen Entstehungsgeschichte zeigt, im allgemeinen übereinstimmen. Doch halte ich dies nur für ein zufälliges Zusammentreffen und würde es nicht wagen, jene Ansicht auf § 5 zu stützen. Denn, wie schon gesagt, meint § 5 gewiß nur Strafen; soweit er nun eine polizeiliche Maßregel irrtümlich unter diesen Begriff subsumiert, will er sicher nicht gemeines Polizeirecht schaffen, sondern die betreffende Maßnahme eben als Strafe und nur als solche dem Landesrecht zuweisen oder verschließen. Wenn also der Gesetzgeber z. B. die Polizei-Aufsicht dem Reichsrecht vorbehalten will, so ist dieser Wille auf einen Irrtum über die Natur der Maßregel begründet. Wir müßten ihn natürlich nichtsdestoweniger berücksichtigen, wenn er im Gesetz selbst (und nicht nur in der Entstehungsgeschichte!) unzweideutig Ausdruck gefunden hätte. Dies ist aber nicht der Fall. Zur Auslegung des Paragraphen können nun zwei sich entgegenstehende Gesichtspunkte dienen: der zunächst liegende ist der sich besonders in der Entstehungsgeschichte zeigende konkrete Wille des Gesetzgebers bez. § 5 E.G. Diesem übergeordnet ist das allgemeine, auch auf den Willen des Gesetzgebers zurückzuführende Prinzip, daß die sichernden Maßnahmen keineswegs ausschließlich dem Reichsrechte zustehen. Und diesem allgemeinen Prinzip widerspricht der konkrete legislatorische Einzelwille bezüglich des § 5, und zwar auf Grund eines Irrtums über die Natur einzelner Maßnahmen. Darum muß das allgemeine Prinzip dem entgegenstehenden Einzelwillen derogieren.

[2]) Vgl. über die vielfach aufgeworfene Frage, ob durch die Regelung der Polizei-Aufsicht mit ihren Aufenthaltsbeschränkungen in §§ 38 und 39 St.G.B. die Materie der Aufenthaltsbeschränkungen Bestraften gegenüber in abschließender, die Landesgesetzgebung bezüglich solcher Maßnahmen ausschließender Weise geregelt sei: Wörterbuch des Verwaltungsrechts, herausgeg. v. v. Stengel, II S. 260 f. (Aufsatz v. H. Seuffert). Die Frage ist hier verneint.

[3]) Vgl. z. B. auch Grobleben im Ger.Saal 70 S. 258; v. Hippel, Bettel, S. 64 (beide nur bezüglich der sogen. korrektionellen Nachhaft).

freisteht. Es dürfte also in Anbetracht von E.G. § 5 für den Gesetzgeber eines Bundesstaats eventuell von höchster Wichtigkeit sein, die rechtliche Natur einer Deliktsfolge zu erkennen. Wir sehen dies besonders deutlich daran, daß wir durch unsere Ansicht dem § 5 E.G. seinem sich aus Wortlaut (ausdrückliche Nennung der Einziehung!) und Entstehungsgeschichte (cf. das über die Polizei-Aufsicht oben Gesagte!) ergebenden Sinne nach entschieden Zwang antun. Der Gesetzgeber hat eben z. B. die Einziehung und die Polizei-Aufsicht hier als Strafe betrachtet, bezw. überhaupt wohl nicht an die Wichtigkeit der sich aus der Natur der einzelnen Institute ergebenden Konsequenzen gedacht. —

Nach E.G. § 6 Abs. I darf vom 1. Januar 1871 ab nur auf die im R.St.G.B. enthaltenen Strafarten erkannt werden. Es enthält diese Bestimmung lediglich eine bindende Anweisung für den Strafrichter, dahingehend, daß nach Inkrafttreten des R.St.G.B. weder nach älteren Reichsgesetzen noch nach Landesgesetzen auf andere Strafarten[1]) als die im R.St.G.B. normierten erkannt werden dürfe.[2]) Nach dem oben Gesagten ist es ohne weiteres klar, daß auch unter diese Bestimmung lediglich die wirklichen Strafen fallen und nicht die in Strafgesetzen enthaltenen an die Strafform gebundenen polizeilichen Maßnahmen. Und auch hier kommt es bei der Frage, ob es sich um eine Strafe handle, nicht auf die Meinung des Gesetzgebers oder des Gesetzes an, sondern lediglich auf das durch das Gesetz der betreffenden Maßregel verliehene Wesen. Handelt es sich nach diesem um eine polizeiliche

[1]) Selbstverständlich macht nicht der bloße Name, sondern der Inhalt die Art der Strafe aus!

[2]) Vgl. Binding, Handbuch S. 297: „Daß diese Strafarten und die Verbindung derselben zum Strafensystem Gegenstand des G.B. sind, ist ganz unbestreitbar. Deshalb träten auch ohne die Bestimmung in E.G. § 6 am 1. Januar 1871 alle partikularen Strafdrohungen, die abweichende Strafarten verwendeten, für den Umfang ihrer Abweichungen außer Kraft. — Wenn E.G. § 6 aber doch noch den Richtern einschärft, ... alle Strafurteile dürften vom 1. Januar 1871 nur auf die gemeinrechtlichen Strafarten lauten, so ist das nur eine Sicherstellung des Strafensystems des gemeinen Rechts wider die richterliche Versuchung, alte Bundes- oder Landesstrafgesetze mit ihren unveränderten alten Strafarten auch fernerhin anzuwenden. . ."

Maßnahme, so kann, auch wenn das R.St.G.B. dieselbe nicht kennt, nach wie vor darauf erkannt werden.[1])

2) Die Grundsätze der Strafanwendung im allgemeinen; insbesondere die Grundsätze der richterlichen Strafzumessung.

Wir wollen nunmehr dazu übergehen, die einzelnen sich aus dem Wesen der Strafe selbst ergebenden und auf diese bezüglichen Grundsätze mit Rücksicht auf deren Anwendbarkeit auf die sichernden Maßnahmen des St.G.B. zu prüfen. —

Wir haben das Verhältnis von Verbrechen und Strafe einerseits, Verbrechen und polizeilicher Maßregel andrerseits dahin charakterisiert, daß das Delikt für erstere den inneren Grund, für letztere nur den Anlaß bildet. Daraus ergibt sich die Anpassung der Strafe an die Schwere der Rechtsgüterverletzung, deren Vergeltung sie sein soll. Diese Anpassung vollzieht zunächst der Gesetzgeber durch Aufstellung der Verbrechenstatbestände und Normierung ihrer Straffolgen.[2]) Da es jedoch nicht möglich ist, der unendlichen Mannigfaltigkeit in der Schwere der einzelnen Rechtsgüterverletzungen durch genaue gesetzliche Anpassung der Strafmittel gerecht zu werden, stellt der Gesetzgeber für den Regelfall nur relativ bestimmte Strafdrohungen auf. Durch solche läßt das Gesetz dem Richter die Wahl entweder zwischen mehreren Strafgrößen innerhalb der gleichen Strafart, oder zwischen mehreren Strafarten, oder endlich zwischen einfacher Strafart und Häufung verschiedener Strafarten. Es ist

[1]) A. A. H. Seuffert in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts II S. 260; danach sollen sich §§ 5 und 6 E.G. nicht nur auf Strafen beziehen, sondern auch auf Maßregeln, „welche als strafähnlich wie Strafen behandelt werden;“ (speziell gemeint sind landesrechtliche Aufenthaltsbeschränkungen gegenüber Bestraften). Für die Frage, wann es sich um solche strafähnliche Maßregeln handle, welche den für Strafen geltenden Normen zu unterstellen seien, soll es nach Ansicht Seufferts scheinbar auf die Meinung des Gesetzgebers ankommen. Damit fielen nicht nur die Polizei-Aufsicht nach dem St.G.B., sondern auch ähnliche Aufenthaltsbeschränkungen des Landesrechts eventuell unter §§ 5 und 6.

[2]) Besonders fällt auch unter diesen Gesichtspunkt die Aufstellung qualifizierter oder privilegierter Delikte (z. B. §§ 215 und 216), ferner die Statuierung eigener Strafschärfungs- bezw. Milderungsgründe; beides bedeutet die Aufstellung besonderer Tatbestände und Straffolgen.

dann Sache der richterlichen Strafausmessung, dem konkreten Delikt die konkrete Strafe anzupassen. Er hat dabei die gleichen Grundsätze zu befolgen, welche dem Gesetzgeber bei Aufstellung der Strafdrohungen vorschwebten, also in erster Linie gemäß dem Vergeltungsprinzip die Schwere der Strafe der Schwere des Delikts anzugleichen.[1]) Die einmal rechtskräftig erkannte Strafe muß ferner vollstreckt werden; das verurteilende Erkenntnis verurteilt, wie *Binding* (Grundriß S. 263) bemerkt, den Staat zum Strafvollzuge; nur die Begnadigung kann die Vollstreckungspflicht aufheben. — Wie so die Ausgestaltung der Strafe durch den Zweck, dem sie dienen soll, bestimmt wird, also zunächst durch die Rücksicht auf die Befriedigung des Vergeltungsbedürfnisses, so hat sich die Anwendung der polizeilichen Maßnahmen nach den diese beherrschenden Zwecken der Spezialprävention zu richten. Eine Freiheitsentziehung zur Besserung müßte z. B., bei alleiniger und konsequenter Berücksichtigung der Besserungsidee, so lange dauern, bis jener Zweck erreicht ist, jede Maßnahme der Unschädlichmachung so lange bestehen bleiben, als die befürchtete Gefahr droht. Die Erreichung des konkreten Zweckes müßte an sich das Aufhören der betreffenden Maßregel bedeuten.

Wenn also das Strafgesetz dem Richter eine polizeiliche Maßnahme fakultativ zur Verfügung stellt, so erhellt aus dem Gesagten zunächst, daß sie überhaupt nur dann ausgesprochen werden soll, wenn ihr konkreter Zweck es verlangt. Soweit z. B. die Einziehung (als polizeiliche Maßnahme) oder Unbrauchbarmachung fakultativ angedroht ist, soll es die Rücksicht auf die Gefährlichkeit des betreffenden Gegenstandes, sei es an sich, sei es nur in seiner Beziehung zum Täter, sein, welche den Richter veranlaßt, die Maßregel auszusprechen; wichtig ist diese Konsequenz insbesondere für § 42.

Ebensowenig dürfen es die strafrechtlichen Grundsätze sein, welche die Art und Weise der richterlichen Anwendung einer polizeilichen Maßregel, insbesondere, soweit es sich um Freiheits-

[1]) Daß die Strafe auch mit der Spezialprävention dient, sei es automatisch, sei es durch bewußtes Verfolgen der Ziele der Spezialprävention innerhalb des durch die Vergeltung gesteckten Rahmens, wurde schon gesagt. Hier können diese Nebenzwecke außer Betracht bleiben.

entziehungen handelt, deren Dauer [1]) bestimmen. Besonders klar ist der Gegensatz zu den Prinzipien richterlicher Strafzumessung in § 56 Abs. II; der auf Grund richterlichen Urteils zur Zwangserziehung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstatt verbrachte Jugendliche ist dort so lange zu behalten „als die der Anstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erachtet."

Interesse beanspruchen hier auch die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde und die Stellung unter Polizei-Aufsicht. Bei beiden entscheidet schon über die Frage, ob die Maßregel Platz greifen soll, letzten Endes nicht der Richter, sondern die Polizeibehörde, ebenso wie dann über die konkreten Folgen und insbesondere über deren Dauer. Schon allein dieser Umstand könnte genügen, um zu beweisen, daß es nicht die Grundsätze der Strafanwendung sind, welche hier Geltung finden. Trotzdem ist dies von *v. Hippel* bezüglich der korrektionellen Nachhaft behauptet worden. Er sagt (Bettel S. 59), daß „über Eintritt und Dauer der Maßregel nach strafrechtlichen, nicht nach polizeilichen Gesichtspunkten entschieden werden müsse." Ferner konstatiert er, „daß diese Auffassung tatsächlich auch die Praxis beherrscht, daß es in allem Wesentlichen strafrechtliche Gesichtspunkte sind, nach welchen die deutschen Landespolizeibehörden ihre Befugnis handhaben." Und zwar soll dies auf Grund des Bundesratsbeschlusses vom 26. Juni 1889, welcher allgemeine Grundsätze betr. die Festsetzung der korrektionellen Nachhaft auf Grund des § 362 R.St.G.B. aufstellt, geschehen.[2]) Nach Ziffer 3 dieses Beschlusses ist die korrektionelle Nachhaft „sofern die Voraussetzungen des § 362 Abs. II St.G.B. vorliegen, in der Regel gegen jeden der Landespolizeibehörde überwiesenen Reichsangehörigen festzusetzen;" nur das Vorliegen besonderer individueller Verhältnisse, welche die Detention unangemessen erscheinen lassen, soll ein Abgehen von diesem Grundsatze rechtfertigen. Solche Verhältnisse sind insbesondere die durch körperliche oder geistige

[1]) Der Umstand, daß das St.G.B. in den §§ 38, 56, 362 die Dauer der betreffenden Maßregeln nach oben zu beschränkt, wurde schon besprochen.

[2]) Abgedruckt ist der Bundesratsbeschluß bei v. Hippel, Bettel, S. S. 70—72.

Zum Folgenden vgl. insbes. auch v. Hippel, Bettel, §§ 14 und 15.

Gebrechen oder durch hohes Alter herbeigeführte Unfähigkeit zur Verrichtung selbst leichter Haus-, Garten- und Feldarbeiten. — Was dann die Dauer der Nachhaft betrifft, so soll diese gleich bei der Beschlußfassung über die Verhängung von der Polizeibehörde festgesetzt werden. Ziffer 4 sagt: „Dabei ist derartig zu verfahren, daß die Dauer der Detention im Falle erstmaliger Ueberweisung auf 6 Monate und bei jeder späteren Ueberweisung jedesmal entsprechend höher bis zur gesetzlich zulässigen Maximalzeit von zwei Jahren zu bemessen ist.

Das Vorleben der betreffenden Person, die Schwere der ihr zur Last fallenden Uebertretung und insbesondere auch der Zeitraum seit Verbüßung der letzten korrektionellen Nachhaft ist hiebei angemessen zu berücksichtigen.“ — Endlich sagt Ziffer 5: „Läßt das Verhalten des Detinierten die Erwartung gerechtfertigt erscheinen, daß der Zweck der korrektionellen Nachhaft durch eine kürzere als die festgesetzte Detentionszeit erreicht wird, oder liegen in den Familien- und Erwerbsverhältnissen des Detinierten erhebliche Gründe, welche eine Abkürzung der Detentionszeit wünschenswert machen, so kann die letztere von der Landespolizeibehörde nach Anhörung der Direktion des Arbeitshauses und der oberen Anstaltsbeamten, einschließlich des Anstaltsgeistlichen bis zur Hälfte, jedoch nicht unter 3 Monate, ermäßigt werden.

Bei schlechter Führung des Detinierten kann die Detentionszeit von der Landespolizeibehörde nach Anhörung der Direktion des Arbeitshauses nachträglich verlängert werden.“

In diesen Bestimmungen über Eintritt und Dauer der korrektionellen Nachhaft sieht *v. Hippel* im allgemeinen strafrechtliche Gesichtspunkte. Daß diese seine Meinung nicht das Richtige trifft, hat *Grobleben* (Ger.S. 70 S. 227 ff.) treffend nachgewiesen. *Hippels* Standpunkt erscheint überhaupt nur verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß sein Strafbegriff nicht dem unseren entspricht, *Hippel* sich vielmehr im Wesentlichen als Anhänger der sog. „Sicherungsstrafe“ zeigt und vor allem die Besserung als Strafzweck betont.[1]) Denn von unserem Standpunkt ist es

[1]) So sagt er, korrektionelle Nachhaft S. 107: „Wesen der Strafe ist Vergeltung, ihr Zweck Sicherung der Mitmenschen. Mittel zur Erreichung dieses Zweckes sind: Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung des Delinquenten

deutlich, daß jene Grundsätze des Bundesratsbeschlusses, auch wenn sie eine gewisse Uniformität in der Gestaltung der korrektionellen Nachhaft anstreben und dadurch vielleicht die Anpassung des Instituts an die individuellen Bedürfnisse des einzelnen Falles hintanhalten, doch nichts weniger als strafrechtliche sind, ganz abgesehen davon, daß sie nicht einmal allgemeine und gleichmäßige Geltung in allen Bundesstaaten beanspruchen können.[1]) Es entspricht z. B. gar nicht strafrechtlichen Prinzipien, wenn wegen besonderer individueller Verhältnisse, vor allem Arbeitsunfähigkeit, die Detention unterbleibt. Was ferner die Dauer der Maßnahme betrifft, so läßt sich das Minimum von 6 Monaten angesichts der Geringfügigkeit der Rechtsgüterverletzung nur im Hinblick auf den Besserungszweck erklären, desgleichen fast sämtliche anderen Anweisungen für die Bestimmung der Dauer. Man denke an die Berücksichtigung des Vorlebens des Delinquenten, insbesondere aber an die mögliche Kürzung bezw. Verlängerung der Nachhaft. Es ist besonders charakteristisch, daß, wenn das Verhalten des Detinierten die Erwartung gerechtfertigt erscheinen läßt, daß der Zweck der Nachhaft durch eine kürzere als die normale Detentionszeit erreicht wird, die Landespolizeibehörde die Maßregel bis auf 3 Monate reduzieren kann. Desgleichen entspricht es nur dem Sicherungszweck, wenn diese Reduktion wegen erheblicher Gründe in den Familien- und Erwerbsverhältnissen des Delinquenten eintritt. Denn fällt z. B. dem wegen Bettels Detinierten eine große Erbschaft an, so ist nicht mehr zu befürchten, daß er infolge seiner Arbeitsscheu der Gesellschaft noch schädlich sein werde. Die Erziehung zur Arbeit könnte also vielleicht moralisch noch wirken, hätte aber kriminalpolitisch keinen Zweck mehr. Es ist nur konsequent, wenn mit dem Zweck auch die Maßregel wegfällt. — Dieser Verkürzung steht die eventuelle Verlängerung der Zeit bei schlechter Führung gegenüber.

Als wirksamstes Sicherungsmittel erscheint die Besserung des Verbrechers." Näher ist an dieser Stelle auf eine solche einseitige, unseren Strafbegriff sprengende Betonung des Besserungs-Gedankens nicht mehr einzugehen.

[1]) cf. hierüber die nach v. Hippel selbst getroffene Zusammenstellung bei Grobleben S. 228 f., wonach tatsächlich durchaus nicht jeder Ueberwiesene in das Arbeitshaus kommt, und zwar zum Teil aus Gründen, die bei einer Strafe völlig ausgeschlossen wären, so vor allem wegen Raummangels.

Alle diese Momente liegen im Prinzip schon im Umstande enthalten, daß nicht der Richter, sondern die Polizeibehörde über Eintritt und Dauer der korrektionellen Nachhaft verfügt.[1])

Analoges wie für die korrektionelle Nachhaft gilt auch bezüglich der Grundsätze der Strafanwendung für die Polizei-Aufsicht. Daß zunächst der Richter auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht speziell dann erkennen wird, wenn die Gesinnung des Verbrechers als eine besonders gefährliche erscheint, dürfte kaum bestritten werden.[2]) Dann aber besteht auch hier auf Grund des richterlichen Erkenntnisses keine Vollstreckungspflicht, sondern eine freie Entschließung der Landespolizeibehörde entscheidet über den Eintritt der Maßregel,[3]) ebenso wie über deren Dauer

[1]) Große Vorsicht scheint mir geboten, wenn man diese praktische Anwendung der korr. Nachhaft, speziell gemäß dem genannten Bundesratsbeschluß, als Beweis für deren rechtlichen Charakter in der einen oder anderen Richtung verwenden will, wie dies sowohl v. Hippel wie Grobleben tun. Denn es handelt sich dabei um Konsequenzen, welche sich erst aus dem Charakter der Maßregel ergeben. Dieser letztere kann aber nur aus dem Gesetze selbst geschlossen werden. Ich würde die korr. Nachhaft auch dann auf Grund von § 362 für eine polizeiliche Maßregel erklären, wenn etwa der Bundesrat tatsächlich strafrechtliche Grundsätze für deren Anwendung aufstellen würde. Dieser würde damit nur dokumentieren, daß er entweder die korr. Nachhaft ihrem Wesen nach falsch beurteilt, oder aber aus dem richtig erkannten Wesen nicht die passenden Konsequenzen zu ziehen weiß, ebenso, wie er jetzt das Gegenteil beweist. Verwendet man aber die Tatsache der Durchführung solcher sich aus dem Charakter einer Maßregel ergebenden Folgerungen als Beweis für diesen selbst, so kommt man leicht zu einer petitio principii, wie dies Hippel (Bettel S. 60) unterläuft: zunächst führt er den Umstand, daß Eintritt und Dauer der Nachhaft (seiner Ansicht nach) regelmäßig nach strafrechtlichen Gesichtspunkten bestimmt werden, als Beweis für den Strafcharakter der Maßregel an, behauptet dann aber, daß, wo ausnahmsweise polizeiliche Rücksichten geübt werden, es sich um Mißbräuche bei der Anwendung des Gesetzes handle. Mit dem gleichen Rechte könnte ein Anhänger des polizeilichen Charakters diesen Satz einfach umkehren. Methodisch richtig ist jedoch nur der zweite Teil desselben, insofern er die Grundsätze der Anwendung der korr. Nachhaft als Konsequenzen aus deren Charakter ableitet.

[2]) Vgl. auch bei Fuhr, Strafrecht und Sozialpolitik § 89 und die Tabelle A hiezu.

[3]) Vgl. dazu z. B. die Bestimmungen der Instruktion des preußischen Ministers des Innern zur Ausführung der §§ 38 und 39 des R.St.G.B., die Stellung unter Polizei-Aufsicht betreffend, vom 12. April 1871. Nach dieser soll die Stellung unter Polizei-Aufsicht nur stattfinden, „wenn begründete

bis zum Maximalbetrag von fünf Jahren und über die einzelnen Wirkungen derselben.

3) Die Grundsätze der Strafanwendung bei Verbrechenskonkurrenz.

a) bei Idealkonkurrenz.

I. Das St.G.B. sagt in § 73: „Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung."

Dieser Paragraph behandelt die sog. Idealkonkurrenz von Delikten. Liegt eine solche vor, so soll die leichtere Strafdrohung durch die schwerere absorbiert werden;[1]) es muß darum im einzelnen Fall zunächst ermittelt werden, welches von den verschiedenen verletzten Gesetzen die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten, welches die schwerste Strafart androht. Sind nun hier die von einem Strafgesetz in der äußeren Form der Nebenstrafe angedrohten sichernden Maßnahmen mit zu berücksichtigen? Gewiß nicht. Denn § 73 sagt nicht etwa, daß das härteste Gesetz oder das die schwersten Folgen statuierende anzuwenden sei — wobei man ja vielleicht auch polizeiliche Maßnahmen mit in Rechnung ziehen könnte —, sondern er will ausdrücklich nur die schwerste Strafe bezw. die schwerste Straf-

Besorgnis besteht, daß der Verurteilte die wieder erlangte Freiheit in gemeingefährlicher Weise mißbrauchen werde. Neben dem der Verurteilung zu Grunde liegenden Verbrechen und dem sonstigen bisherigen Verhalten des Verurteilten ist dessen Führung während der Strafverbüßung in Betracht zu ziehen und auf die Verhältnisse Rücksicht zu nehmen, in welche derselbe nach der Haftentlassung eintritt. Verurteilte, welche nach stattgefundener vorläufiger Haftentlassung sich bis zum Ablaufe der in dem Erkenntnisse festgesetzten Strafzeit ordnungsmäßig geführt haben, sind der Polizei-Aufsicht in der Regel nicht zu unterwerfen. Ebenso sollen von derselben andere Verurteilte, welche sich während der Strafzeit gut geführt haben, und deren Unterkommen in der Freiheit ein gesichertes ist, in der Regel befreit bleiben." cf. H. Seuffert in Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts II, S. 252. Nach § 7 der genannten Instruktion soll die von der Polizeibehörde zu statuierende Dauer der Stellung unter Aufsicht mindestens 6 Monate betragen. In diesem Punkte wie auch sonst ähnlich die bayr. Bekanntmachung vom 25. Februar 1871 (cf. bes. §§ 1 und 2).

[1]) cf. hierüber Binding Grundriß S. 290 f.

art berücksichtigt wissen. Also haben alle Deliktsfolgen, welche nicht Strafen sind, insbesondere auch sämtliche polizeilichen Maßnahmen bei der Vergleichung von Gesetzen nach § 73 außer Betracht zu bleiben.

Uns interessieren hier vor allem die polizeilichen Maßnahmen in der Form der Nebenstrafe. Es ist daher von Wichtigkeit, festzustellen, welche Bedeutung überhaupt den wirklichen Nebenstrafen bezüglich der Entscheidung der Frage nach dem die schwerste Strafe bezw. Strafart androhenden Gesetze zukommt. Da § 73 von dem die betreffende Strafe oder Strafart androhenden Gesetze spricht, so ist die Strafandrohung in thesi maßgebend, und nicht die in concreto verwirkte schwerste Strafe.[1]) Wenn nun zunächst die in Betracht kommenden Gesetze verschiedene Strafarten androhen, so ist allein das Gesetz mit der schwereren Strafart zu berücksichtigen; dabei kommt es nur auf die verschiedene Schwere der als Hauptstrafen verwendeten Strafarten an;[2]) Nebenstrafen werden also in diesem Fall in keiner Weise berücksichtigt. Vor allem werden auch zwei gleiche Hauptstrafen nicht dadurch zu ungleichen Strafarten, daß neben der einen noch eine Nebenstrafe steht.[3]) Drohen die verschiedenen Gesetze die gleiche Strafart an, so soll es auf die (in thesi!) schwerste Strafe ankommen.[4])

A) Dies ist, wenn die verschiedenen Gesetze überhaupt nur eine Hauptstrafe androhen, diese aber in verschiedener Höhe, immer die in thesi dem Maximalbetrag nach höchste Hauptstrafe. Nur bei gleicher Maximalhöhe der betreffenden Strafart in beiden Gesetzen kommt die Zulässigkeit von Nebenstrafen in Betracht.[5])

[1]) S. Olshausen N. 25 zu § 73.

[2]) Die Reihenfolge der Hauptstrafen bez. ihrer Schwere ist dabei folgende: Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft, Geldstrafe. cf. dazu Olshausen N. 26 zu § 73.

[3]) S. Olshausen N. 27 zu § 73.

[4]) cf. zum Folgenden die Ausführungen bei Olshausen N. 29 zu § 73.

[5]) v. Liszt, Lehrb. S. 243, will vor den Nebenstrafen noch den höchsten Mindestbetrag der Hauptstrafe entscheiden lassen. Da es sich aber um Ermittelung der in thesi schwersten Strafe handelt, halte ich von zwei Gesetzen mit gleichem Höchstbetrag der Hauptstrafe jenes, welches eine Nebenstrafe zuläßt, stets für schwerer als das andere, welches keine Nebenstrafe kennt, auch wenn letzteres einen höheren Mindestbetrag der Hauptstrafe haben sollte.

Das Gesetz, welches die schwerste Strafe androht, ist dann dasjenige, welches eine Nebenstrafe, bezw. welches die mehreren Nebenstrafen zuläßt. Sind in den verschiedenen Gesetzen je die gleiche Anzahl Nebenstrafen angedroht (je eine oder je mehrere), so muß die Schwere der Nebenstrafen den Ausschlag geben; ein gesetzliches Verhältnis der Schwere ist nicht aufgestellt.

B) Es sind in einem der Strafgesetze oder in mehreren verschiedene Arten von Hauptstrafen angedroht, sei es kumulativ, sei es alternativ. Dann ist zunächst die schwerste Strafart eines jeden der betreffenden Gesetze zu ermitteln. Nur wenn die betreffenden Gesetze die gleiche schwerste Strafart haben, gehört der Fall hierher. Bei unter sich verschiedenen Strafarten ist dagegen natürlich wieder das Gesetz mit der schwersten davon allein maßgebend. Handelt es sich aber um die gleiche schwerste Strafart in den einzelnen Gesetzen, so entscheidet wieder der angedrohte verschiedene Maximalbetrag derselben, und zwar dieser zunächst allein, ohne Rücksicht auf die angedrohte mildere Strafe. Erst wenn die schwerste Strafart dem in thesi angedrohten Höchstbetrag nach in den verschiedenen Gesetzen gleich ist, kann die mildere Hauptstrafe berücksichtigt werden. Zunächst ist dann nach dem Gesetz zu entscheiden, welches eine zweite Hauptstrafe kumulativ zuläßt. Eventuell ist die Schwere der alternativ angedrohten milderen Strafe maßgebend. Erst bei völliger Gleichheit der Höhe der korrespektiven Hauptstrafen in den verschiedenen Gesetzen können die Nebenstrafen Berücksichtigung finden.

Man sieht aus dem Vorstehenden die ziemlich sekundäre Rolle, welche Nebenstrafen bei Bestimmung der Schwere eines Strafgesetzes spielen. Große praktische Bedeutung kommt also dem hier für die in Form von Nebenstrafen auftretenden Polizei-Maßnahmen gewonnenen Resultate nicht zu. Immerhin muß an der prinzipiellen Forderung festgehalten werden, daß, wo es beim Vergleich verschiedener Gesetze auf die Schwere von deren Straffolgen ankommt, alle jene Maßregeln, welche nicht wirklich Strafcharakter haben, außer Ansatz bleiben.

Aehnlich liegt der Fall für § 2 Abs. II St.G.B.; § 2 lautet: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden,

wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden."

Im Gegensatz zu § 73, der von der schwersten Strafe bezw. Strafart spricht, lautet hier der Ausdruck: „Das mildeste Gesetz" ist anzuwenden. Rein wörtlich genommen könnte man hier bei Anwendung des Abs. II auch nichtstrafrechtliche in einem Strafgesetz normierte Wirkungen berücksichtigen. Es ließe sich etwa sagen, daß ein Gesetz, welches eine ein Uebel darstellende sichernde Maßnahme enthält, „härter" sei als ein anderes mit den gleichen Straffolgen, doch ohne diese Maßnahme. Eine solche Auslegung wäre aber keineswegs im Geiste des § 2 gelegen. Ihre Schwäche zeigt sich insbesondere darin, daß sie die sichernden Maßnahmen nur soweit sie zufällig Uebelszufügungen darstellen, also einer Strafe ähneln, berücksichtigen könnte. Dazu kommt, daß Abs. I von § 2 auch lediglich von Strafen spricht. Es ist somit nicht zu bezweifeln, daß § 2 Abs. II nur Strafgesetze und diese nur in ihren spezifisch strafrechtlichen Wirkungen meint.

Wenn das mildeste Gesetz anzuwenden ist, so heißt dies, daß jenes Gesetz allein in Betracht kommt, welches in concreto die mildeste strafrechtliche Beurteilung des betreffenden Falles gewährt.[1]) Das mildeste Gesetz ist zunächst gewiß dasjenige, nach welchem aus einem in ihm liegenden Grunde die betreffende Tat überhaupt nicht bestraft werden kann;[2]) dann aber jenes, welches das betreffende Delikt mit einer in concreto milderen Strafe belegt.[3]) Es müssen somit die nach den verschiedenen Gesetzen verwirkten Strafen ausfindig gemacht werden. Sichernde Maßnahmen, insbesondere auch solche in Form von Nebenstrafen,

[1]) Also sind nicht etwa wie bei § 73 die Strafandrohungen in thesi zu vergleichen! Olshausen N. 17 zu § 2 und N. 25 zu § 73.

[2]) Olshausen N. 18—20 zu § 2.

[3]) Dabei hat der Richter auch hier in erster Linie die Schwere der Hauptstrafen, und erst wo diese gleich ist, die Nebenstrafen zu berücksichtigen.

haben dabei, ebenso wie andere nicht strafrechtliche Folgen, z. B. der Bußanspruch, außer Ansatz zu bleiben.[1])

II. Nach § 73 ist lediglich das ermittelte schwerste Gesetz in Anwendung zu bringen (poena maior absorbet minorem). Eine Kombination der Straffolgen aus beiden Gesetzen ist also unzulässig. Namentlich darf, wenn das mildere Gesetz eine Nebenstrafe kennt, welche dem strengeren, in Anwendung zu bringenden Gesetze fremd ist, auf diese nicht erkannt werden. Wie nun, wenn das mildere Gesetz eine polizeiliche Maßregel neben der Strafe „androht?" Mit Rücksicht auf diesen Fall läßt § 73 zwei Auslegungen zu: Zunächst kann man die Worte: „so kommt nur dasjenige Gesetz .... in Anwendung" wörtlich dahin interpretieren, daß die Berücksichtigung eines milderen Gesetzes schlechthin, also ohne Rücksicht darauf, ob die aus ihm resultierenden Folgen gerade nur strafrechtliche sind, ausgeschlossen sein soll. So R.G. 4, 218 bezüglich der Maßregel der Publikationsbefugnis; es wird ausdrücklich betont, daß es auf das Wesen der Publikationsbefugnis zur Entscheidung dieser Frage nicht ankomme. Aehnlich *Merkel* in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts IV S. 229: „Selbstverständlich kann auch auf Nebenfolgen des geringeren Delikts nicht erkannt werden." Bezüglich dieser Nebenfolgen unterscheidet er nicht nach deren Natur, sondern nennt ohne Unterschied: Buße, Publikationsbefugnis, Ausfertigung des Urteils auf Kosten des Schuldigen (§ 200), Ehrenfolgen, Zu-

[1]) Der gleichen Ansicht: Binding, Grundriß S. 264; Olshausen (bez. § 2) N. 14, 21 zu § 2; Grolleben S. 259. A. A. Frank N. IV zu § 2 (der auch poliz. Maßregeln berücksichtigen will). Das R.G. behandelt die meisten der genannten sichernden Maßnahmen dem St.G.B. gemäß als Nebenstrafen; so bes. z. B. E. 32, 439.

Interessant ist immerhin die Entscheidung 17, 193. Es handelt sich um die „Nebenstrafe" des § 22 des Sozialistengesetzes, bezüglich ihrer Berücksichtigung bei Bemessung der Schwere einer Strafe nach § 73. Die Gründe sagen: „Diese Einschränkung des Aufenthalts stimmt im wesentlichen mit der polizeilichen Aufsicht der §§ 38, 39 Ziff. 1 St.G.B. überein, und es ist schon darum nicht zu bezweifeln, daß in ihr eine Nebenstrafe zu finden ist." Trotzdem soll sie für § 73 außer Betracht bleiben, da ihr Eintritt nicht im Willen des Gerichtes liege: vom Standpunkt des Reichsgerichts aus, welches die Polizei-Aufsicht als Nebenstrafe faßt, dürfte diese Konsequenz nicht gerechtfertigt sein; cf. H. Seuffert in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts II S. 256 und Meyer, Lehrbuch S. 357 N. 32.

lässigkeit von Polizei-Aufsicht. — Diese Ansicht würde die Möglichkeit, irgend eine nichtstrafrechtliche Folge eines Delikts geltend zu machen, eventuell nur deshalb ausschließen, weil jene Folge zufällig in einem auch eine Strafe aussprechenden Gesetze normiert ist. Oder sollte bezüglich der sich an das Delikt anknüpfenden Wirkungen außer dem betreffenden schwersten Strafgesetz überhaupt kein anderes Gesetz, sei auch sein Inhalt welcher er wolle, zur Anwendung kommen? Die logische Konsequenz des Standpunktes jener Reichsgerichtsentscheidung wäre es gewiß! Denn es würde doch jeden inneren Grundes entbehren, z. B. eine polizeiliche Maßnahme für unstatthaft zu erklären, wenn ihre Zulässigkeit in jenem nicht anzuwendenden milderen Strafgesetze ausgesprochen ist, während ihr nichts im Wege steht, wenn ein gesondertes Gesetz sie normiert. Das Gleiche ließe sich für die eine Privatgenugtuung darstellende Publikations-Befugnis sagen, oder für den Schadensersatzanspruch (falls man in der Buße einen solchen erblickt).

Die richtige Auslegung des Paragraphen ist zweifellos jene: Wie § 73 selbstverständlich nur Strafgesetze im Auge hat (schon der Wortlaut sagt dies!), so ist auch beim einzelnen Strafgesetz nicht an der äußerlichen Einheit zu kleben, sondern der Inhalt desselben nach seinem Wesen zu untersuchen. Stellt sich dabei heraus, daß dieser Inhalt zum Teil nicht strafrechtlich ist, so haben wir eben unter der äußeren Einheit in Wahrheit zwei Gesetze, von denen jedes seinem Wesen nach zu behandeln ist. Demnach schließt § 73 lediglich die Erkennung von in dem milderen Gesetze enthaltenen Straffolgen aus, läßt andere dagegen völlig unberührt. Polizeiliche Maßnahmen können somit auch dann verhängt werden, wenn sie in dem im übrigen außer Anwendung bleibenden milderen Strafgesetze normiert sind. Diese letztere Ansicht ist auch in der Literatur die überwiegende und wird im Prinzip fast durchwegs anerkannt. Große Verschiedenheiten ergeben sich nur in den Konsequenzen, und zwar wegen der Uneinigkeit über die Frage, welche Maßregeln des St.G.B. und seiner Nebengesetze Nichtstrafcharakter haben.[1])

[1]) Vgl. insbes. E. R.G. 12, 223, welche anerkennt, daß auf Buße, als auf eine nicht strafrechtliche Deliktswirkung, bei Idealkonkurrenz erkannt werden kann, auch wenn nur das mildere, im übrigen nicht angewendete Gesetz sie

Besondere praktische Bedeutung hat unser Ergebnis für den leicht möglichen Fall der idealen Konkurrenz eines Verbrechens oder Vergehens mit einer Uebertretung nach § 361 Ziff. 3 bis 8. Da es sich eben im letzteren Fall um eine Uebertretung handelt, wird § 361 meist das mildere Strafgesetz sein und es könnte somit nicht auf die Ueberweisung erkannt werden, falls sie eine Strafe bilden würde. Dies Resultat wäre gewiß zu bedauern. Denn die in den Delikten des § 361 Ziff. 3—8 sich zeigende antisoziale Gesinnung bedarf der Besserungsnachhaft darum nicht weniger, weil eine schwerer strafbare Handlung mit jener Uebertretung konkurriert.[1])

zuläßt: E. 6, 180, welche im Prinzip das Gleiche sagt (hält jedoch die Publikationsbefugnis nach § 200, um die es sich handelt, für Strafe und schließt sie daher aus). — Ebenso Frank Anm. I, 6 vor § 13 und N. VI 2 zu § 73; v. Liszt, Lehrb. S. 242; Olshausen N. 32 zu § 73; Grobleben S. 259 f.; Finger, Lehrb. S. 540 f.; Binding, Grundriß S. 291; Goldschmidt a. a. O. S. 291 Anm. 6; im Prinzip auch v. Hippel, Bettel, S. 21, bez. der korr. Nachhaft; Bünger in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. 8, 718 N. 123 (bez. der polizeilichen Maßregeln und der eine Privatgenugtuung darstellenden Institute); bes. treffend Fuchs in Goldd. Arch. 29, 423 (der sich speziell gegen R.G. 4, 218 wendet); ebenda S. 141 Anm. 3 Bischoff (der übrigens die Publikationsbefugnis aus § 200 für Strafe hält und sie daher, soweit durch das mildere Gesetz statuiert, ausschließen will).

Besonderes Interesse beansprucht auch E. R.G. 10, 206: es handelt sich darum, ob bei einer Verurteilung wegen Betruges nach § 263 in idealer Konkurrenz mit einem Vergehen aus § 10 Ziff. 1 des Nahrungsmittelgesetzes auf die Veröffentlichung der Verurteilung nach § 16 Abs. I N. M. G. neben der Strafe aus § 263 St.G.B. erkannt werden kann. Das R.G. macht die Entscheidung dieser Frage mit Recht davon abhängig, ob die Veröffentlichung nach § 16 eine Strafe ist oder nicht. Das R.G. hält nun im Gegensatz zum Instanzgericht diese Maßregel für eine Nebenstrafe. Darum soll hier nicht auf dieselbe erkannt werden dürfen. — Die Publikations-Befugnis nach d. Nahr.-Mittelges. § 16 Abs. I dürfte übrigens wohl eine zum Schutze des Publikums getroffene Polizei-Maßregel sein!

Und weil das R.G. auch die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde sowie die Maßregel des § 319 St.G.B. für Nebenstrafen hält, hat es auch diese in analogen Fällen durch § 73 für ausgeschlossen erklärt: E. in Goldd. Arch. 48, 356 (Idéalkonkurrenz von § 180 mit § 361 Ziff. 6) und E. R.G. 5, 420 (Idealkonkurrenz von § 230 Abs. II mit § 316 Abs. II). In diesen drei Fällen kommen wir zu einem anderen Resultate.

[1]) Es würde zu weit führen, hier die einzelnen, zum Teil sehr strittigen Fälle zu untersuchen, in denen ein Verbrechen oder Vergehen mit einer Uebertretung des § 361 Z. 3—8 ideal konkurrieren kann. Besondere Wichtigkeit

hat die Frage nach der Möglichkeit einer Konkurrenz von Betrug (§ 263) mit Bettel; (cf. Olshausen N. 38a zu § 263, der diese Frage verneint;) ferner von Erpressung (§ 253) mit Bettel unter Drohungen oder mit Waffen (cf. hiezu Olshausen N. 3b zu § 362). Der letztgenannte Fall gewinnt noch dadurch spezielle Bedeutung mit Rücksicht auf die korr. Nachhaft, daß § 362 Abs. II das Betteln unter Drohungen oder mit Waffen als einen die Möglichkeit der Ueberweisung erst begründenden Qualifikationsgrund betrachtet. Es ist also offenbar der Wille des Gesetzes, daß gerade in diesen Fällen die Nachhaft eintreten könne; und dieser Erfolg wäre vereitelt, wenn die genannte Idealkonkurrenz besteht und man die Ueberweisung als Strafe auffaßte. Daß eine solche Idealkonkurrenz vorliegen kann (und nicht etwa nur Gesetzeskonkurrenz) halte ich für gewiß; den richtigen Standpunkt scheint mir Oetker, Ger.Saal 1904 S. 191 f., zu vertreten: danach ist Betteln unter Drohungen gegeben, wenn zur Erreichung des gleichen Zweckes (Erlangung einer Gabe) zwei Mittel gebraucht werden, nämlich sowohl die Bitte wie die Nötigung, also auf passiver Seite sowohl Mitleid wie Furcht als bestimmende Motive wirken. Die Bitte um eine Gabe geht dann also nicht in der Nötigung auf, und umgekehrt ist kein Grund ersichtlich, warum unter Nichtberücksichtigung des schwereren Tatbestandes und der ihm entsprechenden schwereren Deliktsfolgen des § 253, § 361 Z. 4 mit § 362 Abs. II schlechthin als lex specialis betrachtet werden soll. Wir haben vielmehr den typischen Fall der Erfüllung zweier Tatbestände durch eine Handlung. Wer dagegen nur durch Drohung wirkt, bettelt nicht unter Drohungen, sondern droht nur. Analoges gilt natürlich bezüglich des Bettelns mit Waffen, sofern diese als Mittel der Nötigung dienen. — Diese Idealkonkurrenz wird sogar das Normale sein, der Fall dagegen, wo die Drohung bezw. der Waffengebrauch nicht zugleich eine Erpressung oder deren Versuch darstellen — z. B. weil es sich lediglich um eine Drohung wegen verweigerter Gabe handelt — die Ausnahme bilden. Es würde nun aber kaum dem Willen des Gesetzes entsprechen, die Ueberweisung auf diese Ausnahmen zu beschränken, und sie, die doch gerade für den Fall des Bettelns unter Drohungen oder mit Waffen statuiert ist, in der Mehrzahl der zu treffenden Fälle auszuschließen; (dieses Resultat vertritt Oetker a. a. O. im Anschluß an das R.G. 32, 46 und 35, 343). Dieses Ergebnis läßt sich aber angesichts der schwereren Strafdrohung des § 253 nur dann vermeiden, wenn man in der korr. Nachhaft keine Nebenstrafe, sondern eine polizeiliche Maßregel sieht, So besonders eindringlich Binding, Lehrbuch II S. 926 f.: er sagt (S. 927): „Handelte es sich hier um Nebenstrafen der Haftstrafe . . . . so würden diese Maßregeln überall unzulässig, wo mit den Uebertretungen des § 361 n. 3–8 Vergehen oder Verbrechen ideell zusammenträfen. . . . Da hier aber lediglich die Berechtigung einer Behörde an die Voraussetzung einer Verurteilung wegen einer jener Uebertretungen geknüpft ist, so kann auch der wegen Bettels oder Landstreichens in ideeller Konkurrenz mit Betrug, Diebstahl, Erpressung u. s. w. Verurteilte durch das erkennende Gericht der Landespolizeibehörde überwiesen werden." Angesichts dieser Begründung erscheint es höchst merkwürdig, wenn Olshausen, der Anm. 32 zu § 73 das gleiche Prinzip vertritt, in Anm. 3b

Die korrektionelle Nachhaft erscheint jedoch in § 362 als Korrelat einer dem Vergeltungsprinzip entsprechenden, kurzzeitigen Haftstrafe. Gerade darin, daß diese nicht im Stande sein kann, dauernde Besserung des Delinquenten herbeizuführen, und Besserung in diesen Fällen eben besonders notwendig ist, liegt die Rechtfertigung der Nachhaft. Diese ratio trifft nun nicht zu, falls der Täter wegen des konkurrierenden schwereren Delikts zu einer längeren Freiheitsstrafe (2 Jahre oder mehr Zuchthaus bezw. Gefängnis) verurteilt wurde. Denn man darf annehmen, daß eine solche mit Arbeitszwang verbundene Strafe die gleiche bessernde Wirkung hat wie das Arbeitshaus. Soll nun neben einer solchen Freiheitsstrafe der gerichtliche Ausspruch der Ueberweisung unzulässig sein? Ich glaube nicht, dies annehmen zu müssen, kann mich vielmehr nur der Begründung *Bindings* (Lehrb. II S. 927) anschließen, der auch in solchen Fällen die Ueberweisung für zulässig hält, schon weil sie nichts mit der Strafe zu tun hat. Nur wenn die Ueberweisung Nebenstrafe wäre, ließe es sich rechtfertigen, sie in eine derartige innere Abhängigkeit von der Dauer der Hauptstrafe zu bringen. Ihre Zwecke sind eben prinzipiell von jenen der Strafe zu trennen. Sie brauchen aber auch in concreto durch die Strafe nicht erreicht worden zu sein. Man denke an den Wegfall der Strafe, z. B. durch Begnadigung! Ferner kann dem Ausländer gegenüber auch nach mehrjähriger Freiheitsstrafe eine Ausweisung angezeigt erscheinen.

War dagegen der Delinquent zwei oder mehr Jahre dem Arbeitszwang der Strafanstalt unterworfen, so wird man annehmen müssen, daß dadurch auch die von einer Detention im Arbeitshaus verfolgten Zwecke erreicht worden sind. Die Landespolizeibehörde wird mit Rücksicht darauf ernstlich zu erwägen haben, ob sie die Nachhaft noch eintreten lassen soll, und diese Frage wohl auch meist verneinen müssen.[1]) Eine prinzipielle Unzulässig-

zu § 362 gegenüber der Behauptung Bindings, S. 926, das Gesetz sei dahin auszulegen, daß die Ueberweisung neben einer Strafe aus § 361 n. 3—8 auch dann zulässig sei, wenn diese Strafe nach § 73 nicht auf Haft laute, erstaunt fragt: „mit welchem Recht?“ — Vgl. auch v. Hippel, Bettel, S. 21.

[1]) Vgl. hiezu die Forderung in den Gutachten von Direktor Schellmann (Brauweiler) und Oberstaatsanwalt Pretorius (Darmstadt), die korrektionelle Nachhaft in bestimmten Fällen auszusetzen, wenn sie sich an die Verbüßung einer mindestens einjährigen Kriminalstrafe anschließen würde, während

keit, die korrektionelle Nachhaft trotzdem zu verhängen, besteht jedoch nicht.

b) bei Realkonkurrenz.

Es ist eine selbstverständliche Forderung, daß die Anwendung sichernder Maßnahmen durch keine anderen als die aus ihrem Wesen resultierenden Gründe ausgeschlossen werden darf. So müßte es als reine gesetzliche Willkür erscheinen, das Eintreten einer bei einem Delikt statuierten polizeilichen Maßregel deshalb zu verhindern, weil zufällig eine andere selbständige strafbare Handlung mit demselben real konkurriert und darum eine Gesamtstrafe im Sinne von § 74 St.G.B. zu bilden ist. — Sichernde Maßnahmen sind keine Strafen und haben daher von etwaigen die normale Bildung der Strafe modifizierenden und nur für die Strafe berechtigten Grundsätzen unberührt zu bleiben. Und nur um solche Grundsätze handelt es sich in den §§ 74 ff. St.G.B. Ihnen liegt der Gedanke zu Grunde, daß eine ohne weiteres vorgenommene Kumulation der durch die einzelnen Delikte verwirkten Strafen, wenigstens soweit es sich um Freiheitsstrafen handelt, durch zu große Härte gegen das Prinzip der gerechten Vergeltung verstoßen würde, weil die Schwere der Freiheitsstrafe mit ihrer Dauer im allgemeinen nicht proportional, sondern progressiv wächst.[1]) Für sichernde Maßnahme hat dieser Satz an sich natürlich nicht die geringste Bedeutung. Darum muß die Forderuug erhoben werden, daß jede bei einem der real konkurrierenden Delikte zulässige polizeiliche Maßnahme auch neben einer etwa nach § 74 zu bildenden Gesamtstrafe zur Anwendung zu kommen habe.[2]) — Wieder ist es eine positivrechtliche Bestimmung, welche sich der Durchführung dieses an sich selbstverständlichen Grundsatzes in den Weg stellen könnte. Die §§ 74 ff. betreffen sämtlich nur die Hauptstrafen, mit Ausnahme

welcher der Verurteilte sich gut geführt und Proben seiner Besserung abgelegt hat; hierüber v. Hippel, vergl. Strafrechtsdarstellung a. a. O. S. 164 Anm. litt. c und d und S. 227 Anm. 2.

[1]) S. Birkmeyer, Encyklopädie S. 1154.

[2]) Im schweizer. Entwurf Art. 52 ist die Durchführung dieser Forderung ausdrücklich sanktioniert, und zwar auch für die Idealkonkurrenz; cf. Wüst S. 170.

des § 76. Dieser sagt: „Die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe schließt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht aus, wenn diese auch nur neben einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig oder geboten ist.

Ingleichen kann neben der Gesamtstrafe auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden, wenn dieses auch nur wegen einer der mehreren strafbaren Handlungen statthaft ist."

Aus der ausdrücklichen Nennung der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und der Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht muß man zunächst e contrario schließen, daß andere neben einer Einzelstrafe statuierte Deliktsfolgen neben der Gesamtstrafe nicht erkannt werden dürfen. Zunächst dürfte es aber sicher sein, daß § 76 sich überhaupt nicht auf die sog. Einsatzstrafe bezieht, die sämtlichen Nebenfolgen derselben vielmehr auch neben der Gesamtstrafe verhängt werden können.[1]) Was ferner die Nebenfolgen der milderen Strafen betrifft, so nimmt die gem. Meinung eine erweiternde Interpretation des § 76 dahin vor, daß dessen Grundsatz sich auf sämtliche Nebenfolgen der einzelnen verwirkten Strafen erstrecken solle, und nicht nur auf die ausdrücklich genannte Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht. Dabei wird in der Regel nicht nach der Natur dieser „Nebenfolgen" unterschieden. Ob eine solche Auslegung betreffs der Nebenstrafen richtig ist, mag dahingestellt bleiben; gegenüber der ausdrücklichen Normierung des § 76 mit dem aus derselben zu ziehenden Gegenteilsschlusse, würde es sich zum mindesten um eine stark berichtigende Auslegung des Sinnes des gesetzlichen Wortlauts handeln. Ganz anders ist es dagegen bei den nicht strafrechtlichen Deliktsfolgen, hier vor allem den sichernden Maßnahmen. Bezüglich dieser ist im Resultate der gemeinen Meinung durchaus beizustimmen. Aber nicht aus Gründen der Interpretation des § 76, sondern gerade weil dieser Paragraph, wie die gesamten Bestimmungen über Realkonkurrenz, ihrem Sinne nach nur auf die Strafanwendung Bezug haben können, für nichtstrafrechtliche Deliktsfolgen also gar keine Geltung haben.[2]) An diesem Resultate kann es uns

[1]) S. Frank N. I zu § 76.

[2]) Trotzdem ist die Realkonkurrenz auch bezüglich der sichernden Maßnahmen nicht ohne Einfluß; nur sind es eben nicht die strafrechtlichen Grund-

nicht irre machen, daß das Gesetz auch hier die Polizei-Aufsicht ausdrücklich benennt; es ist dies nur eine weitere Konsequenz aus der Auffassung der Maßregel als Nebenstrafe. Insofern wir die Folgerungen aus der Erwähnung einer sichernden Maßnahme im § 76 wegen irrtümlicher Voraussetzungen des Gesetzgebers nicht ziehen dürfen, müssen allerdings auch wir § 76 berichtigend interpretieren.

4. Die Verjährung.

a) Die Verfolgungsverjährung.

Das St.G.B. hat in den §§ 66 ff. das Prinzip der Verjährung der Strafverfolgung aufgenommen, d. h. den Grundsatz, daß der durch Begehung des Delikts entstandene staatliche Strafanspruch durch Zeitablauf wieder erlischt. Nur dieser Strafanspruch, und nicht etwa das Verbrechen selbst wird somit getilgt. Andere aus der strafbaren Handlung resultierende staatliche Rechte bleiben also an sich durch die Verfolgungs-Verjährung unberührt; so an sich auch das Recht auf Verhängung von durch das Gesetz an die Begehung eines Delikts geknüpften polizeilichen Maßnahmen.[1])

---

sätze, welche da gelten müssen. So würde ich Bedenken tragen, falls die gleiche polizeiliche Maßnahme bei mehreren der begangenen Delikte zulässig ist, auf dieselbe, z. B. auf die Zulässigkeit der Polizei-Aufsicht, mehrfach zu erkennen. Denn es handelt sich doch nur um die eine antisoziale Gesinnung bezw. Gefährlichkeit des Täters, welche sich in den verschiedenen Delikten geoffenbart hat. Während also den verschiedenen Verbrechen gegenüber eine gewisse Kumulation der Strafe (mindestens in Gestalt des sog. Exasperationsprinzips) gerecht erscheint, muß innerhalb der polizeilichen Maßnahmen Absorbtion der den gleichen Zweck verfolgenden durch die eine verhängte angenommen werden. Daß übrigens auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht nicht mehrfach erkannt werden kann, dürfte schon der Wortlaut des § 76 ergeben.

[1]) Falsch Wüst, die sichernden Maßnahmen S. 163/4 und 184, wenn er sagt, daß betreffend die Verjährung „naturgemäß" dasselbe wie für die Strafe auch für die sichernde Maßnahme gelte, da das Verbrechen die Voraussetzung von Strafe und sichernder Maßnahme sei, es sich hier aber um dessen Verjährung handle; also könne da ein Gegensatz von Strafe und sichernder Maßnahme nicht bestehen. Diese Ansicht verkennt völlig das Wesen der Verjährung, die durchaus nicht das Verbrechen als historische und rechtliche Tatsache beseitigt. Wäre dies der Fall, so müßten sämtliche rechtlichen Folgen der Tat wegfallen. Ebensowenig aber, wie ein aus derselben entstandener

Eine Modifikation erfährt dieser Grundsatz aber soweit eine solche polizeiliche Maßnahme nur im Strafverfahren vom Strafrichter verhängt werden kann. Ist in diesem Fall der staatliche Strafanspruch verjährt, so kann diese Maßregel infolge ihrer Bindung an das durch die Verjährung materiell unzulässig gewordene Strafverfahren natürlich auch nicht verhängt werden.[1]) Dies gilt für sämtliche sichernden Maßnahmen unseres St.G.B. Nur in einem Falle kommt eine polizeiliche Maßregel losgelöst von dem Strafverfahren vor, nämlich die im sog. objektiven Verfahren zu verhängende Einziehung bezw. Unbrauchbarmachung (§ 42; ähnlich nach § 152). Kann dieselbe Platz greifen, wenn bezüglich des Delikts, welches ihre Voraussetzung bildet, die Verfolgungs-Verjährung eingetreten ist? Daß die rechtliche Natur der Maßregel hier von Einfluß sein kann, ist klar. Zunächst frägt es sich aber, ob wir zur Beantwortung dieser Frage bez. § 42 überhaupt auf den Charakter der Maßregel zurückgreifen dürfen, oder ob uns nicht, ohne Rücksicht auf diesen, schon der Wortlaut des Gesetzes zu einer Entscheidung in diesem oder jenem Sinne zwingt. Hier kommt jene Theorie in Betracht, welche die selbständige Einziehung und Unbrauchbarmachung nur bei Unausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person aus tatsächlichen Gründen eintreten läßt;[2]) ist das Strafklagerecht ver-

Privatrechtsanspruch wegen Eintritts der strafrechtlichen Verjährung beseitigt wird (cf. z. B. § 852 B.G.B.), ebensowenig im Prinzip irgend ein anderer, seinem Wesen nach von dem staatlichen Strafrechte differenter Anspruch. — Eine andere Frage ist es, ob es zweckmäßig erscheint, eine sich gegen den Täter selbst richtende sichernde Maßnahme (insbes. eine Freiheitsentziehung) dann noch auszusprechen, wenn er durch sein gutes Verhalten während einer längeren Zeit gezeigt hat, daß ihr Grund eigentlich weggefallen ist.

[1]) Ist die betr. sichernde Maßnahme ihrer konkreten Regelung nach untrennbar an die Strafverfolgung gebunden, so bewirkt der Untergang des Strafverfolgungsrechts mittelbar auch den Untergang jenes Rechts auf Verhängung einer sichernden Maßnahme.

[2]) Bez. § 152 spielt diese Frage keine Rolle, da er im Gegensatz zu § 42 sagt: „auf die Einziehung . . . ist zu erkennen, auch wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht stattfindet.“ Nur auf diese Tatsache kommt es also hier an, und nicht darauf, ob die Verfolgung oder Verurteilung an sich ausführbar ist oder nicht, bezw. warum nicht. Doch ist auch das objektive Verfahren nach § 152 an das Vorliegen eines Delikts nach §§ 146—149 oder 151 gebunden. cf. Binding Lehrbuch II S. 311 Anm. 5 Nr. 3.

jährt, so ist die Verfolgung und Verurteilung aus einem rechtlichen Grunde nicht möglich, also kann nach dieser Ansicht das objektive Verfahren darum nicht Platz greifen. Ich halte es nun nicht für richtig, rechtliche und tatsächliche Gründe der Unausführbarkeit als solche in einen derartigen Gegensatz zu stellen. Dies würde schon der präventiven Tendenz des § 42 zuwiderlaufen, entbehrt aber auch jeden Anhalts im Gesetze. Vielmehr kann ich diesen Gegensatz nur insoweit gelten lassen, als die rechtlichen Gründe etwa eine der für die Anwendung des § 42 nötigen Voraussetzungen des § 40 oder 41 zerstören.[1]) Wenn z. B. wegen Unzurechnungsfähigkeit des Täters überhaupt keine strafbare Handlung vorliegen sollte, kann auch das objektive Verfahren nicht stattfinden. Nur soweit diese ratio zutrifft, nicht um seiner selbst Willen, hat jener Gegensatz seine Berechtigung. Nun gehört aber die Verjährung des Strafanspruchs, als bloßer Strafaufhebungsgrund, der an dem Vorhandensein der strafbaren Handlung an sich nichts ändert, nicht zu den rechtlichen Momenten, welche die Unausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung durch Zerstörung einer jener Voraussetzungen der beiden Paragraphen herbeiführen. Die Interpretation des Wortlauts des Gesetzes hindert uns also nicht daran, das objektive Verfahren bei Unausführbarkeit der Verfolgung oder Verurteilung des Täters wegen Verjährung des Strafanspruchs anzuwenden.

Würden wir nun aber die Maßregel des § 42 für Strafe halten, so wäre ihre Verhängung eben wegen der Verjährung des Straf-

[1]) Daß die selbständige Einziehung und Unbrauchbarmachung nach § 42 an das Vorliegen der Voraussetzungen des § 40 bezw. 41 gebunden ist, wurde schon oben erwähnt. Dieser sich aus der Interpretation des Gesetzes ergebenden Folgerung gegenüber halte ich es nicht für angängig, etwa mit Rücksicht auf die präventive Tendenz das objektive Verfahren von den Fesseln der §§ 40 bezw. 41 loszulösen. Daß es freilich dieser Tendenz besser entsprechen würde, wenn z. B. auch die „objektiv“ deliktische Schrift eines Wahnsinnigen gemäß § 42 unbrauchbar gemacht werden könnte, ist nicht zu leugnen. Auf dem dem unsern entgegengesetzten Standpunkt steht in Bezug auf § 41 die konstante Praxis des Reichsgerichts. § 41 erfordert aber, genau wie § 40, das Vorliegen einer strafbaren Handlung. Somit sind deren sämtliche Merkmale, inkl. sog. subjektiven Tatbestand, auch für § 42 angewendet auf den Fall des § 41 nötig.

anspruchs natürlich doch ausgeschlossen.[1]) Anders, wenn man, wie wir, die selbständige Einziehung oder Unbrauchbarmachung für eine sichernde Maßnahme hält. Auf eine zur Sicherung dienende staatliche Befugnis hat die Verjährung des Strafanspruchs keinen Einfluß, auch wenn beide Rechte im Delikte den gleichen Entstehungsgrund haben; denn nicht dieser verjährt, sondern der einzelne Anspruch. Somit kann, wenn Verjährung die Verfolgung und Verurteilung des Täters hindert, doch das objektive Verfahren des § 42 Platz greifen.[2])

Es sei gestattet, hier die Frage einzuschalten, ob Art. 22 Abs. II der Reichsverfassung und § 12 St.G.B. nicht nur die strafrecht-

[1]) So Kohler, Patentrecht S. 579 bezüglich § 42 in seiner Anwendung auf die Fälle des § 40.

[2]) Vgl. auch Köbner S. 49. —

A. A. Binding, Handbuch I S. 834 Anm. 4 [cf. auch Grundriß S. 263 und betr. § 152 Lehrbuch II S. 311 Anm. 5 Nr. 3]: „Da durch die Verjährung der Strafklage die Feststellung der Handlung als einer strafbaren rechtlich unmöglich gemacht wird, die Maßnahmen des G.B. § 40, 41 aber strafbare Handlungen voraussetzen und § 42 diese Voraussetzung der feststellbaren Handlung strafbaren Charakters teilt, so kann § 42 im Falle der Strafklagenverjährung keine Anwendung leiden." Binding kommt zu dieser Ansicht wohl dadurch, daß er (cf. Handbuch S. 823) die Vergänglichkeit der Beweismittel als den einzig zwingenden Grund für den Gesetzgeber, die Verjährung des Strafverfolgungsrechts anzuerkennen, betrachtet. Darum sagt er, daß die Verjährung schon jede Feststellung der Handlung als einer strafbaren ausschließe. Abgesehen aber davon, daß diese ratio, wie übrigens Binding zugibt, vielleicht nicht die vom Gesetzgeber in erster Linie tatsächlich berücksichtigte ist, haben wir uns zunächst an das betreffende rechtliche Institut selbst, und nicht an etwaige legislatorische Motive für dasselbe zu halten; und dieses besteht hier lediglich darin, daß der Staat den ihm entstandenen Strafanspruch wegen Zeitablaufs nicht mehr geltend macht. Von hier aus betrachtet dürfen wir aber nur sagen: der Strafanspruch darf, einerlei ob in seinen Grundlagen tatsächlich noch feststellbar oder nicht, weil materiell untergegangen, auf keinen Fall mehr realisiert werden; infolgedessen ist, mit Rücksicht auf seine eventuelle Geltendmachung die Untersuchung seiner Grundlagen und die Feststellung der Handlung als einer strafbaren rechtlich unmöglich. Nicht aber darf hinzugesetzt werden: die Feststellung der Handlung als einer an sich strafbaren ist überhaupt schlechthin ausgeschlossen. Vielmehr kann mit Rücksicht auf die Geltendmachung irgend eines anderen an ein Delikt als Voraussetzung geknüpften staatlichen Anspruchs die Eigenschaft der betreffenden Handlung als einer an sich strafbaren sehr wohl noch testgestellt werden.

liche Verfolgung, sondern auch das objektive Verfahren des § 42 bezüglich wahrheitsgetreuer Berichte über die betreffenden parlamentarischen Verhandlungen ausschließen. Diese Frage ist deshalb zu bejahen, weil das Gesetz, mit seiner allgemeinen Ausdrucksweise: „Wahrheitsgetreue Berichte . . . . bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei," nicht nur die spezifisch strafrechtliche Verantwortlichkeit meint, somit eine den Rahmen einer rein strafrechtlichen Norm überschreitende Bedeutung hat. Polizeiliche Maßnahmen bezüglich jener Berichte sind also ebenfalls als ausgeschlossen zu betrachten.[1]) Zum gleichen Resultate führt uns die Erwägung, daß § 12 bzw. Art. 22 Abs. II R.V. dem § 42 eine seiner Voraussetzungen entziehen, indem die wahrheitsgetreue Berichterstattung infolge mangelnder Rechtswidrigkeit überhaupt keine strafbare Handlung darstellt.[2])

b) Die Vollstreckungsverjährung.

Von weit größerer Wichtigkeit als die Frage betreffend die Verfolgungsverjährung ist für uns jene nach der Bedeutung, welche der strafrechtlichen Vollstreckungsverjährung für die sichernden Maßnahmen zukommt. Es ist dies die Verjährung des durch rechtskräftiges Urteil festgestellten staatlichen Strafanspruchs, also des Rechtes auf Vollstreckung der Strafe. Aus dem Strafurteil resultierende Rechte nichtstrafrechtlichen Charakters werden durch diese Verjährung an sich nicht berührt.[3]) So nicht das Recht auf Buße, das wohl der zivilrechtlichen Verjährung unterstehen dürfte, ebensowenig aber Rechte auf Verhängung polizeilicher Maßnahmen.[4]) So sprechen auch die §§ 70 ff. nur von der Verjährung von Strafen.

[1]) S. Olshausen N. 7 zu § 12; Binding Handbuch S. 685 N. 16, S. 84.
[2]) S. v. Liszt, Lehrb. § 35, VI.
[3]) S. Binding, Handbuch I S. 853/4.
[4]) Im Schweizer. Entwurf Art. 56 ist ausdrücklich eine Vollstreckungsverjährung sichernder Maßnahmen innerhalb einer Frist von 5 Jahren festgesetzt. — Darüber, daß das Prinzip der Vollstreckungsverjährung sich überhaupt nicht zur Anwendung auf sichernde Maßnahmen eignet, cf. die treffenden Ausführungen bei Wüst a. a. O. S. 184 ff. und 194 ff.; er stellt mit Recht die Forderung auf, an Stelle desselben möge der Grundsatz treten, daß sichernde Maßnahmen ihre einzige zeitliche Beschränkung in der Dauer ihrer Notwendigkeit finden. Nur wenn der Zweck einer polizeilichen Maßregel erreicht ist, hat dieselbe aufzuhören bezw. wegzufallen, dann aber auch immer.

Nicht ergriffen werden von der Verjährung jene Strafen, welche keines Vollzugs bedürfen, d. h. bei denen das Urteil gleich die Vollstreckung in sich schließt, indem es dem Verurteilten das zu entziehende Rechtsgut unmittelbar nimmt. Dies gilt von der Nebenstrafe des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte, der Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter, des Verlustes der bekleideten öffentlichen Aemter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, der dauernden Unfähigkeit, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden. Das Urteil wirkt in diesen Fällen konstitutiv, d. h. es führt die von ihm erstrebte Wirkung selbst unmittelbar herbei: Mit der Rechtskraft des Urteils hat z. B. der nach § 81 Abs. III Verurteilte von selbst die von ihm bekleideten öffentlichen Aemter sowie aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte verloren, ohne daß es einer Vollstreckung, etwa in Form einer Entlassung aus dem Amte gemäß dem betreffenden Beamtenrechte, bedürfte. Die etwa nötige Abgabe der Amtsgeschäfte u. s. w. erscheint als rein tatsächliche Konsequenz aus dem erfolgten Amtsverlust. Gleiche Wirkung kommt dem Urteil zu, welches nach § 319 die dauernde Unfähigkeit zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste ausspricht. Von einer Verjährung kann schon wegen der Natur des Urteils bei dieser sichernden Maßnahme ebensowenig die Rede sein, wie bei den genannten Nebenstrafen.[1])

Auch das auf Einziehung erkennende Urteil wirkt, wie wir oben gesehen haben, ähnlich konstitutiv. Es begründet betreffend die confiscanda den Eigentumsübergang an den Staat, und zwar einerlei, ob es sich um strafrechtliche oder polizeiliche Konfiskation handelt. Mit diesem Eigentumsübergang ist die Vollstreckung im strafrechtlichen Sinne absorbiert, das tatsächliche Wegnehmen der Sache ist dann, rechtlich betrachtet, nur die Geltendmachung des dem Staate zugesprochenen Eigentums; auf Grund welchen Anspruchs der Staat das Eigentum erlangt hat,

[1]) Damit steht es völlig im Einklang, wenn gemäß § 36 die Zeitdauer des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte sowie der Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter von dem Tage an berechnet wird, an dem die Hauptstrafe verjährt ist.

erscheint jetzt an sich gleichgiltig.[1]) Mit dem Begriff einer strafrechtlichen Vollstreckung entfällt auch hier der einer eventuellen Vollstreckungs-Verjährung.[2]) Sofern man also auf dem Standpunkte steht, daß das Einziehungsurteil dem Staate Eigentum schafft, ist es sonach unrichtig, betreffs der Frage nach einer eventuellen Anwendung der Vollstreckungsverjährung auf die rechtliche Natur der Einziehung selbst zu rekurrieren. Allerdings würde der Nichteintritt der strafrechtlichen Vollstreckungsverjährung auch eine Forderung ihres polizeilichen Wesens bilden. Auf Grund des Charakters des Einziehungsurteils kommen wir aber zum gleichen Resultat auch da, wo, wie in § 40 oder 335 die Einziehung (bezw. Verfallerklärung) Strafe ist.[3])

Anders ist es bei der Maßregel der Unbrauchbarmachung. Eine besondere, anspruchverwirklichende Kraft kommt dem Urteil hier, sei es nach § 41, sei es nach § 42, natürlich nicht zu; die

[1]) Nur insofern ist der Grund des Eigentumserwerbs noch zu berücksichtigen, als der Staat zur Durchführung seines Rechtes nicht etwa an die Formen des Zivilprozesses gebunden ist. Es dürften vielmehr die Bestimmungen der St.P.O. über Strafvollstreckung hier analog anzuwenden sein. Das Nähere hierüber gehört in eine Untersuchung über die Anwendung der strafprozessualen Grundsätze; cf. Schötensack a. a. O. S. 135 ff. Doch ist daran festzuhalten, daß es sich bei dieser Anwendung höchstens mittelbar um die Vollstreckung der Einziehung handelt, direkt nur um die des staatlichen Eigentums-Anspruchs.

[2]) cf. Köbner S. 50; Binding, Grundriß S. 259, 308/309.

[3]) Inkonsequent erscheint von hier aus insbesondere die Ansicht Olshausens, der (s. N. 4 zu § 40) die Eigentum begründende Kraft des Einziehungs-Urteils anerkennt, trotzdem aber, N. 5 d zu § 70, der rechtlichen Natur der Maßregel die Möglichkeit eines Einflusses auf die Frage nach der Verjährung einräumt; er sagt dann, daß bei Bejahung des Strafcharakters Verjährung angenommen werden müsse, da, trotzdem das Eigentum des eingezogenen Gegenstandes schon mit der Rechtskraft des Urteils übergehe, dennoch behufs tatsächlicher Verwirklichung eine „Vollstreckung" notwendig sei. Daß diese tatsächliche Verwirklichung keine Vollstreckung im Sinne des Strafrechts ist, habe ich oben gezeigt. Besonders deutlich zeigt sich die Inkonsequenz in der von Olshausen gezogenen Folgerung: „Das Eigentumsrecht des Fiskus verjährt nach den Grundsätzen des Zivilrechts, die Vollstreckungsmaßregel der körperlichen Einziehung selbst aber nach dem strafrechtlichen Grundsatz des § 70." Es würden also eventuell zwei Verjährungsfristen neben einander laufen. Wäre die strafrechtliche zu Ende, so wäre zwar der Fiskus noch Eigentümer, könnte aber seinen Anspruch nicht mehr durch tatsächliche Wegnahme der Sache geltend machen! Sollte er dann etwa in den Formen des Zivilprozesses vorgehen und auf Herausgabe klagen dürfen?

Unbrauchbarmachung ist keine Unterart der Einziehung. Da es sich nun hier in keinem Falle um eine Strafe handelt, so tritt bezüglich dieser Maßregel die Vollstreckungsverjährung nicht ein.[1]) Der tatsächlichen Geltendmachung der Einziehung durch den Staat können ferner eventuell zivilrechtliche Hindernisse im Wege stehen, z. B. die Ersitzung der Sache seitens eines Dritten nach dem Uebergang des Eigentums auf den Staat; auch diese kommen hier nicht in Betracht. Daher kann die erkannte Unbrauchbarmachung ohne jede Rücksicht auf Zeitablauf ausgeführt werden.

Auch auf die Polizei-Aufsicht ist die Verjährung ohne hemmenden Einfluß. Denkbar wäre ein solcher in zweierlei Weise: entweder derart, daß diese Nebenmaßregel einer eigentlichen Verjährung unterläge, sei es auch nur in derselben Frist wie die Hauptstrafe, oder, daß ihre Verhängung durch die Verjährung der Hauptstrafe unmöglich gemacht würde, ohne daß man aber bezüglich ihrer selbst von Verjährung sprechen könnte.[2]) Beides ist durch positivrechtliche Regelung ausgeschlossen, und zwar durch § 38, indem er sagt: „Die höhere Landespolizeibehörde erhält durch ein solches (sc. ein auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht lautendes) Erkenntnis die Befugnis, ... den Verurteilten auf die Zeit von höchstens fünf Jahren unter Polizei-Aufsicht zu stellen. Diese Zeit wird von dem Tage berechnet, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist.“[3]) Das Recht der Polizei-Behörde ruht also eventuell bis zur

[1]) Würden wir im Falle des § 41 eine Nebenstrafe annehmen, so müßte die Verjährung ihrer Vollstreckung zugleich mit jener der Hauptstrafe eintreten; a. A. John, Allg. deutsche Strafr. Ztg. Bd. 12 S. 68: weil § 70 nur von Hauptstrafen spricht, verjähren Nebenstrafen überhaupt nicht.

[2]) Olshausen, der schon in dem Ausspruch der Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht eine Strafe erblickt, zählt diese (N. 5 c zu § 70) konsequenter Weise zu den einer Vollstreckung nicht bedürftigen Strafen. Ebenso Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 271.

[3]) Gerade aus diesem Wortlaut folgt zwingend, daß die Anhörung der Gefängnisverwaltung keine notwendige Voraussetzung für den Eintritt der Befugnis der Polizeibehörde bildet. Nicht aber läßt sich umgekehrt behaupten, das Anhören der Gefängnisverwaltung sei eine notwendige Voraussetzung der Stellung unter Polizei-Aufsicht; daher sei diese unzulässig, wo wegen Verjährung oder Begnadigung der Strafe jene Voraussetzung nicht erfüllt werden könne; dieser letzteren Ansicht z. B. Loeb, das Begnadigungsrecht S. 62/63 (Unmöglichkeit der Polizei-Aufsicht bei völliger Begnadigung vor Strafantritt).

Beendigung der Verjährung der Hauptstrafe. Von da, bezw. dem Tage der Verbüßung oder des Erlasses an hat die Polizei-Behörde fünf Jahre lang Zeit, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen. Tut sie dies gleich, so kann sie den Betreffenden die ganzen fünf Jahre lang ihrer Aufsicht unterstellen, andernfalls mindert sich diese Maximaldauer entsprechend. Sind fünf Jahre seit dem bezeichneten Anfangszeitpunkt verstrichen, so ist damit die Befugnis der Polizei-Behörde erloschen. Dieses Erlöschen des Rechtes zur Stellung unter Polizeiaufsicht durch fünfjährigen Nichtgebrauch ist jedoch selbstverständlich keine Verjährung.[1]) Diese Regelung entspricht völlig den sich aus dem polizeilichen Charakter der Maßregel ergebenden Forderungen.[2])

Schwieriger ist die Entscheidung unserer Frage bezüglich der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde. Auch hier bestehen die beiden bei der Polizei-Aufsicht genannten Möglichkeiten eines Einflusses der Verjährung auf die durch Urteil der Landespolizeibehörde erteilte Befugnis. — § 362 sagt, daß bei der Verurteilung zur Haft zugleich erkannt werden könne, daß der Verurteilte „nach verbüßter Strafe“ der Landespolizeibehörde zu überweisen sei. Aus diesen Worten wäre zunächst e contrario zu schließen, daß der Eintritt der Ueberweisung für den Fall der

[1]) cf. Fuhr, die Polizei-Aufsicht S. 56.

[2]) Eine im Hinblick auf den Präventionszweck scheinbar mißliche Konsequenz dieser Regelung ist, daß die Wirkungen der Polizei-Aufsicht nie vor der Verbüßung, Verjährung oder dem Erlaß der Strafe eintreten können. Wird die Strafvollstreckung aufgeschoben (St.P.O. §§ 487, 488) oder unterbrochen (St.P.O. § 493, cf. auch § 490 Abs. III), oder der Verurteilte nach §§ 23 ff. St.G.B. vorläufig entlassen, so kann er bis zum Zeitpunkte, welcher als der der Verbüßung gilt (cf. bes. § 26 St.G.B.), den Wirkungen der Polizei-Aufsicht nicht unterworfen werden. So Olshausen N. 12 zu § 38; Fuhr, Polizei-Aufsicht S. 55. Ich halte es nicht für angängig, § 36 hier analog anzuwenden. Doch ist es auch gar nicht nötig, diese Lücke auszufüllen; denn im Falle vorläufiger Entlassung können gemäß § 24 dem Delinquenten Verpflichtungen für sein Verhalten in der Freiheit auferlegt werden, die eine weit größere Sicherheit bieten als die Polizei-Aufsicht; auch ist ja Widerruf der Entlassung möglich; und bezüglich der Unterbrechung oder des Aufschubs der Vollstreckung sind die Gründe derart geregelt, daß ein Mißbrauch der Freiheit nicht zu fürchten ist, bezw. ist es Sache der Vollstreckungsbehörden, den Strafaufschub dann nicht zu bewilligen, wenn ein Mißbrauch zu befürchten steht; cf. auch § 488 Abs. III St.P.O.

Verjährung der Haftstrafe nicht erfolgen kann, die Verjährung der Hauptstrafe also ein Hindernis für jenen bedeutet. Aber selbst die Notwendigkeit eines solchen Schlusses angenommen, würde es sich da nicht um eine zugleich mit jener der Hauptstrafe eintretende Verjährung der polizeilichen Befugnisse handeln;[1]) vielmehr könnten dieselben nur deswegen nicht Platz greifen, weil die Voraussetzung, an welche sie im Gesetz geknüpft sind, nämlich die Strafverbüßung, weggefallen wäre.[2]) Daß eine solche Konsequenz vom Standpunkte der Prävention nichtsdestoweniger bedauerlich wäre, kann keinem Zweifel unterliegen. Zumal wenn man sich die kurze Verjährungsfrist der Haftstrafen vergegenwärtigt (2 Jahre!), erscheint es durchaus ungerechtfertigt, nach deren Ablauf von einer sichernden Maßnahme nur deshalb Abstand nehmen zu müssen, weil der Verurteilte sich dem Strafvollzug so lange zu entziehen gewußt hat; gerade dann wird die Besserungshaft oft erst recht angezeigt sein. Eine derartige Abhängigkeit von einer eventuellen Verjährung der Hauptstrafe entspricht nicht dem Wesen einer sichernden Maßnahme. Es frägt sich also nur, ob der Wortlaut des § 362: „nach verbüßter Strafe" unbedingt zu einer derartigen Auslegung nötigt. Die gemeine Meinung nimmt dies an.[3]) Ich glaube, daß angesichts der Natur der ganzen Maßnahme dem Wortlaute des Paragraphen eine solche Bedeutung nicht beizumessen, derselbe vielmehr erweiternd dahin zu verstehen ist, daß auch nach Verjährung bzw. Erlaß der Haftstrafe die Befugnisse der Polizei-Behörde Platz greifen. Wenn das Urteil gemäß § 362 Ueberweisung nach Verbüßung der Strafe ausspricht, so ist dies dann dahin aufzufassen, daß damit nur der Normalfall des Untergangs des Strafrechts gemeint ist, ohne daß die übrigen Fälle ausgeschlossen wären. Eine Analogie findet diese Interpretation in der Regelung der Polizei-Aufsicht nach § 38. — Somit ist ein die Wirkungen der

[1]) Dieser Ansicht Olshausen N. 5 b zu § 70. Finger, Lehrb. S. 589. Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 271.

[2]) S. Binding Handbuch I S. 854.

[3]) So Frank N. III zu § 70; Hippel, Bettel, S. 94 A. 2; Grobleben S. 264; Goldschmidt, Strafen und verwandte Maßregeln S. 275. Loening, Vergl. Strafrechtsdarstellung, Allg. Teil Bd. I S. 448 A. 2 (Abhandl.: „Die Verjährung"). — A. A. Binding, Handbuch I S. 854; im Anschluß an ihn auch Rüdorff-Stenglein zu § 70 Ziff. 5.

Ueberweisung hemmender Einfluß der Verjährung der Hauptstrafe zu verneinen.

Die nach Verbüßung, Verjährung oder Erlaß der Hauptstrafe eintretenden Befugnisse der Landespolizeibehörde sind ihrer Natur nach einer selbständigen Verjährung nicht unterworfen.[1]) Im Gegensatz zur Polizei-Aufsicht sind sie aber auch nicht präklusiv befristet. Das Gesetz sagt nun, die Landespolizeibehörde erhalte die Befugnis, die verurteilte Person „bis zu zwei Jahren" in ein Arbeitshaus unterzubrigen, usw. Mit diesem Wortlaut ist lediglich die Höchstdauer der einmal verhängten Maßregel festgelegt, und nicht auch für die Verhängung selbst eine Präklusivfrist geschaffen. Dies führt zu der Konsequenz, daß die Polizei-Behörde den ihr Ueberwiesenen nach Verbüßung, Erlaß oder Verjährung der Haftstrafe jederzeit, also selbst nach Jahren, den Maßnahmen des § 362 unterstellen kann. Diese Konsequenz wurde zum Teil als unangenehm empfunden und deshalb der Ausdruck „bis zu zwei Jahren" einfach in die Worte „innerhalb zwei Jahren" umgedeutet.[2]) Die Befugnisse der Polizeibehörde sollten also analog wie nach § 38 an eine Präklusivfrist (2 Jahre) gebunden sein. Ganz abgesehen von dem Zwange, den diese Auffassung dem § 362 antut, wäre sie, besonders vom präventiven Standpunkt, entschieden noch schlimmer als der Mißstand, dem abzuhelfen sie geschaffen wurde. Denn nach ihr wäre es nur dann möglich, den Ueberwiesenen auf zwei Jahre z. B. in das Arbeitshaus zu sperren, wenn die Polizei-Behörde sofort bei Verbüßung, Verjährung oder Erlaß der Haftstrafe ihre Entscheidung träfe. Daß die Polizei-Behörde so rasch verfahre, entspricht zweifellos dem

[1]) So die gem. Meinung; schon weil das G.B. nichts von einer Verjährung der Rechte der Polizei-Behörde nach § 362 sagt.

[2]) So die herrschende Meinung; Olshausen N. 4 b zu § 362; Finger, Lehrb. I S. 494; Hälschner I S. 630; Oppenhoff-Delius N. 5 zu § 362; Rubo N. 3; Rüdorff-Stenglein N. 3; Seuffert in v. Stengels Wörterbuch II S. 258. Ebenso die Praxis in Preußen, Bayern, Württemberg und Baden. Ueber diese Praxis cf. Hippel, Bettel, S. 86 ff.; interessant insbesondere die Begründung in der Verfügung des preußischen Ministers des Innern vom 27. Juli 1875. — A. A. Hippel, Bettel, S. 92 ff.; ders., Vergleichende Strafrechtsdarstellung a. a. O. S. 185 f.; Binding Lehrbuch II S. 926 Anm. 4; Grolebeu a. a. O. S. 252 und S. 264/5; Frank N. VII 1 zu § 362; v. Liszt Lehrb. § 65 Anm. 5; Goldschmidt a. a. O. S. 276 A. 1.

Sinn der ganzen Einrichtung;[1]) doch ist das noch kein Grund, dem Delinquenten einfach einen Vorteil daraus erwachsen zu lassen, wenn die Polizei-Behörde tatsächlich verhindert sein sollte, so bald sich zu entscheiden. Zumal, wenn man an den Fall denkt, daß die Behörde von ihrer Befugnis deshalb keinen Gebrauch machen kann, weil sie des Ueberwiesenen nicht habhaft wird — dieser ist etwa gar aus dem Arbeitshaus entsprungen —, erscheint eine solche Auslegung als durchaus verwerflich. Für den Ueberwiesenen wäre dann jeder in Freiheit verbrachte Tag ein barer Gewinn *(v. Hippel,* Bettel, S. 94). Dieser Möglichkeit gegenüber ist es gewiß besser, man setzt der Polizei-Behörde keine Präklusivfrist, sondern überläßt es ihrem gewissenhaften Ermessen, von ihren Befugnissen da keinen Gebrauch mehr zu machen, wo der Ablauf einer längeren Zeit die Maßregeln als unzweckmäßig und nicht mehr im Geiste der gesetzlichen Einrichtung gelegen[2]) erscheinen läßt.[3]) Eine feste Grenze läßt sich da nicht ziehen; die zwei Jahre des § 362 als Präklusivfrist zu fassen, erscheint aber jedenfalls als die unglücklichste Lösung. Daß dieselbe dem

[1]) Und zwar auch dann, wenn man sie nicht für Strafe hält; vom Strafstandpunkt aus ist diese Forderung natürlich noch viel dringender. cf. v. Hippel, Bettel S. 90; vergl. Strafrechtsdarstellung a. a. O. S. 185/186.

[2]) Vor allem die allgemeine Achtung unserer Gesetzgebung vor der persönlichen Freiheit läßt es nicht als im Geiste des Rechts gelegen erscheinen, wenn Jemand auf Lebenszeit zur Disposition der Polizei-Behörden gestellt würde. cf. Hippel, Bettel, S. 91. — Selbstverständlich ist, daß die Polizei-Behörde von der Detention immer dann abzusehen hat, wenn der Besserungszweck schon erreicht ist.

[3]) Hier muß man wieder unterscheiden: Zunächst ist es Pflicht der Polizei-Behörde, ihre Entscheidung so rasch wie möglich zu treffen. Eine formelle Verjährung ihres Rechtes auf Entscheidung gibt es jedoch nicht. Dann aber muß natürlich diese Entscheidung möglichst bald vollstreckt werden. Auch hier wäre wieder eine Verjährung denkbar, als Vollstreckungsverjährung der von der Polizei ausgesprochenen Maßregel. Man denke an den Fall, daß der ins Arbeitshaus Verbrachte daraus wieder entspringt. Es wird sich nun mit dem Geiste des Instituts eher vertragen, daß die Polizei-Behörde eine sofort verhängte Maßregel gegen den erst nach Jahren Sistierten noch vollstreckt, als daß sie etwa ihre Entscheidung selbst erst länger nach dem Eintritt der Ueberweisung trifft.

Präventivcharakter des Instituts nicht entspricht, bedarf kaum der Erwähnung.[1])

Wir kommen also zum Resultate, daß formell der Zeitablauf dem Eintritt der Wirkungen der Ueberweisung überhaupt nicht im Wege steht. —

Bei den sichernden Maßnahmen des § 56 Abs. II und 284 Abs. II, von denen die erstere in einem freisprechenden Urteil, die letztere überhaupt nicht in einem Urteil statuiert wird, kann selbstverständlich von Verjährung erst recht keine Rede sein. Insbesondere wird die in § 284 vom Gesetz unmittelbar der Landespolizeibehörde erteilte Befugnis, den Verurteilten aus dem Bundesgebiet zu verweisen, auch von der Verjährung der ausgesprochenen Strafe nicht berührt.

5) Die Begnadigung.

Die Begnadigung (im engeren Sinne, im Gegensatz zur sog. Abolition) bedeutet ganzen oder teilweisen Verzicht des Inhabers des Strafanspruchs auf diesen nach Rechtskraft des ihn feststellenden Urteils. Die Möglichkeit des Verzichts auf den dem Staate zustehenden Strafanspruch ist in die Hand des Trägers

[1]) Binding, der die Einflußlosigkeit der Verjährung der Hauptstrafe eben auf den Nichtstrafcharakter der Maßregel stützt (Handb. S. 854), müßte gerade von seiner Auffassung aus zu dem jetzt abgewiesenen Resultate kommen. Denn er will, um den Einfluß der Verjährung zu verhüten, § 38 Abs. III analog auf § 362 anwenden. Abs. III von § 38 ist es aber, der die fünfjährige Frist bei der Polizei-Aufsicht zu einer präklusiven für die Behörde macht. Durch dessen analoge Anwendung in unserem Falle wäre also die Anwendung der Ueberweisung bei Verjährung zwar gerettet, aber nur um den Preis der Annahme jener mit dem Wesen der Nachhaft als sichernder Maßnahme erst recht unverträglichen Folgerung. Ich konnte mich darum der analogen Anwendung des § 38 Abs. III nicht anschließen, glaube aber meine obige Ansicht betreffend die Einflußlosigkeit der Verjährung trotzdem halten zu können. Man kann sich sogar auf die Analogie des § 38 berufen, insofern er nämlich sagt, daß die Befugnisse der Polizeibehörde auch im Falle der Verjährung oder des Erlasses der Hauptstrafe eintreten sollen, und zwar dann mit dem betreffenden Zeitpunkte, ohne aber deswegen seine Bestimmung zu übernehmen, daß von dem Momente der Verbüßung, Verjährung oder des Erlasses an die betreffende Frist präklusiv läuft. Binding selbst zieht in seinem Lehrbuch (II S. 926 Anm. 4) jene Konsequenz aus der analogen Anwendung des § 38 nicht, ist vielmehr der Ansicht, daß die Unterbringung stets zwei volle Jahre dauern kann.

der Suveränität gelegt, in Deutschland also in die Hände der Bundesfürsten bzw. der Senate der freien Städte, und da, wo das Reich Inhaber der Gerichtsherrlichkeit ist, in die Hand des Kaisers.[1]) Durch die Begnadigung wird weder das Verbrechen selbst, noch das betreffende Urteil als solches beseitigt,[2]) vielmehr lediglich der durch dieses festgestellte Strafanspruch (als die Strafvollstreckungspflicht), soweit der Begnadigungsakt ihn betreffen will.[3]) Unberührt bleiben von der Begnadigung andere aus dem Delikt resultierende, bzw. durch das betreffende Urteil festgestellte Ansprüche, so insbesondere auch die Befugnis zur Anwendung von im Urteil ausgesprochenen sichernden Maßnahmen.[4]) — Dies entspricht durchaus dem inneren Wesen der Begnadigung, die völlig in den Rahmen des Vergeltungsprinzips eingebaut ist; dieses soll sie nicht etwa durchbrechen, sondern im Gegenteil die Generalprävention durch Verwirklichung einer Gerechtigkeitsmaxime im höheren Sinne fördern. Sie tut es, indem sie in jenen Fällen, wo die starre Gesetzesanwendung aus irgend welchen vom Gesetz nicht vorhergesehenen Gründen tatsächlich zu Ungunsten des Verurteilten dem Gerechtigkeitsprinzip widersprechen würde, einen Ausgleich mit diesem herbeiführt. Gerade darum hat die Begnadigung ihrem Wesen nach mit Maßregeln, welche nicht unter dem Gesichtspunkt der Vergeltung stehen, nichts zu tun. Insbesondere wird das Sicherungsbedürfnis durch jene zur Statuierung der Begnadigung führenden Erwägungen an sich nicht berührt. Vom Standpunkt der Spezialprävention aus wäre andererseits das Institut der Begnadigung gar nicht zu verstehen. Würde der Richter statt Strafen sichernde Maßnahmen, etwa in der Form

[1]) cf. das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 § 72; Gesetz betr. die Vereinigung von Elsaß-Lothringen mit dem deutschen Reiche vom 9. Juni 1871 § 3; St.P.O. § 484; Gesetz über die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 25. Juli 1900 § 3. — Uebrigens ist zu bemerken, daß im staatsrechtlichen Sinn der Kaiser nicht der Suverän des deutschen Reiches ist; cf. Bismarck in den Sten. Ber. des Reichstags 1871, S. 299: „Die Suveränetät ruht nicht beim Kaiser, sie ruht bei der Gesamtheit der verbündeten Regierungen."

[2]) cf. St.G.B. § 245.

[3]) Die Begnadigung kann sich also beispielsweise nur auf die Hauptstrafe oder nur auf eine Nebenstrafe beziehen.

[4]) cf. Binding, Handbuch I S. 873.

der sog. reinen Sicherungsstrafe, zu verhängen haben, so wäre es das allein konsequente, wenn das Gesetz es ihm selbst, bzw. den geforderten Strafvollzugsämtern, überlassen würde, in allen Fällen die genaue Anpassung der konkreten Maßnahme an die mit ihr zu verfolgenden Zwecke vorzunehmen. Gemäß dem Grundsatze, daß jede Maßregel mit Wegfall des betreffenden Zweckes der Spezialprävention zu zessieren habe, würde es legislatorisch zum mindesten überflüssig sein, den Träger der Suveränität selbst zu bemühen, um diese Anpassung des Mittels an den Zweck in abnorm gelagerten Fällen herbeizuführen.

Ganz anders ist dies auf dem Boden des geltenden Rechts. Hier fordert die Generalprävention vor allem eine völlig gleichmäßige Rechtsprechung und es würde eine schwere Schädigung derselben bedeuten, wollte das Gesetz es dem Richter anheimgeben, selbst unter allen Umständen den Ausgleich der Strafe mit dem Zwecke der Uebung materieller Gerechtigkeit herbeizuführen. Vom Standpunkt der Generalprävention aus kann da nur die Gnade helfen.

Da also Gnade und sichernde Maßnahmen ihrem Wesen nach völlig verschiedenen Rechtsgebieten angehören, so ist es nur der äußere Grund des Auftretens mancher polizeilichen Maßregeln im Gewande der Strafe, welcher uns nötigt, die eventuelle Anwendung der Begnadigung hier zu untersuchen. Eine auch äußerlich von der Strafe völlig geschiedene, von einer Verwaltungsbehörde unabhängig von der Begehung eines Delikts ergriffene sichernde Maßnahme kann wohl innerhalb des Instanzenzugs der Verwaltung aufgehoben werden, niemals aber kann da von Begnadigung die Rede sein. In unseren Fällen aber müssen wir zunächst eine zweifache Möglichkeit der Einwirkung der Gnade unterscheiden: Einmal könnte von einer direkten Begnadigung polizeilicher Maßregeln gesprochen werden, insbesondere etwa in der Richtung, daß ein Gnadenerlaß der Hauptstrafe die eine Nebenfolge bildende sichernde Maßnahme mitumfaßte; oder aber es könnte, wenn die polizeiliche Maßnahme eine Nebenfolge darstellt, die Verbüßung der Hauptstrafe eine notwendige Voraussetzung für den Eintritt derselben bilden, so daß bei Erlaß der Strafe auch die Sicherungsmaßregel fortfallen müßte, ohne daß aber bezüglich dieser selbst eine Begnadigung vorläge. Schon

die letztgenannte Abhängigkeit einer polizeilichen Maßnahme von dem Vollzug einer Strafe widerspricht den Zwecken der Prävention; wir werden also trachten müssen, sie, soweit die Auslegung eines Gesetzes es zuläßt, zu vermeiden. In völligem Widerspruch mit dem Wesen der Begnadigung steht aber deren direkte Anwendung auf sichernde Maßregeln.

Eine ganz andere Frage ist es, ob nun jede urteilsmäßig rechtskräftig ausgesprochene polizeiliche Maßnahme unbedingt vollstreckt werden muß. Es führt uns dies zu dem weiteren Problem, inwieweit die allgemeinen Wirkungen des strafrichterlichen Urteils sich auf in einem solchen erkannte sichernde Maßnahmen erstrecken. Denn das Strafurteil begründet eine Vollstreckungspflicht für den Staat; es verurteilt, wie *Binding* (Grundr. S. 312) zutreffend bemerkt, den Staat zum Strafvollzuge. Eben weil der Staat auch die Pflicht hat, das ihm zuerkannte Strafrecht durchzuführen, bildet die Gnade einen so außerordentlichen Eingriff. Besteht nun eine solche Vollstreckungspflicht auch bezüglich der in Strafform verhängten sichernden Maßnahmen? Diese Frage dürfte nicht ohne weiteres zu bejahen sein, und zwar mit Rücksicht darauf, daß die Vollstreckungspflicht sich nicht aus der äußeren Form des Urteils ergibt, sondern aus der Natur des in ihm festgestellten Anspruchs. Das staatliche Strafrecht ist zugleich Strafpflicht und diese an sich schon mit der Deliktsbegehung begründete Pflicht wird, wenn der Strafanspruch gerichtlich festgestellt wird, zur Vollstreckungspflicht. Diese Vollstreckungspflicht auf irgend einen anderen Anspruch nur deshalb auszudehnen, weil dieser gerade durch ein Urteil festgestellt wird, welches die äußere Gestalt der zur Durchsetzung von Strafansprüchen bestimmten Urteile hat, besteht kein Grund. Es wird vielmehr lediglich auf die Natur des betreffenden Anspruchs ankommen, ob durch seine Feststellung eine Vollstreckungspflicht begründet wird. Es ist nun nicht einzusehen, warum dem Rechte des Staates auf Verhängung sichernder Maßnahmen im Anschluß an ein Delikt eine dahingehende Pflicht gegenüber stehen sollte. Daß der Staat allgemein die Verpflichtung zur Sicherung der Rechtsordnung hat, hat damit nichts zu tun. Wenn daher der Staat von seiner Befugnis zur Verhängung polizeilicher Maßnahmen auch im Strafgesetzbuch und in Form des Urteils Gebrauch macht,

so hat doch für ihn, als den nur Berechtigten, dieses Urteil keine zwingende Wirkung, keine stärkere, als wenn die betreffende Maßregel von irgend einer Verwaltungsbehörde verhängt worden wäre. Der Staat kann auf die sichernde Maßregel, auch wenn sie rechtskräftig ausgesprochen ist, stets verzichten.[1]) Welche Gestalt dieser Verzicht annimmt, wird sich nach der Art der betreffenden Maßregel, ihres Vollzugs und der mit diesem betrauten Behörden richten. Im allgemeinen wird es wohl ein von den vorgesetzten Instanzen an jene gerichtetes Veto gegen den Vollzug sein. Dieses Veto prinzipiell nur dem Suverän vorzubehalten, besteht hier, wo dem Recht keine Pflicht gegenübersteht, es sich dem Wesen nach um einen verwaltungsrechtlichen Akt handelt, keine Veranlassung.

Ein solcher Verzicht auf den Vollzug hat dem Wesen nach mit der Gnade nichts gemein, kann aber, wenn er tatsächlich vom Suverän geübt wird, insbesondere da, wo Strafen und sichernde Maßnahmen äußerlich nicht scharf geschieden sind, im Resultat einer Begnadigung sehr ähnlich sehen oder sogar völlig gleichen. Zu beachten ist aber, daß es im allgemeinen von denen der Gnade verschiedene Gründe sind, welche im einzelnen Fall die zuständige Instanz zu einem solchen Eingriff in den Vollzug einer sichernden Maßnahme allein veranlassen dürfen; denn was wir oben als die normalen Gründe der Begnadigung kennen gelernt haben, kann bei spezialpräventiven Maßregeln nicht gelten.[2])

Betrachten wir nun die einzelnen polizeilichen Maßnahmen des R.St.G.B. mit Rücksicht auf die eben entwickelten Grundsätze! Da dürfte es zunächst völlig selbstverständlich sein, daß die Maßregel der Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt nach § 56 Abs. II der Begnadigung nicht unterliegt; das sie verhängende Urteil ist ja schon äußerlich kein Strafurteil. Ebenso sicher dürfte es aber sein, daß die sämtlichen Instanzen, welche den für den Vollzug zuständigen Behörden vorgesetzt sind, diesen Vollzug verbieten, bezw. die Wiederentlassung des schon untergebrachten Jugendlichen anordnen können.

---

[1]) S. Binding, Handbuch I S. 873 Anm. 4.

[2]) Ferner ist anzunehmen, daß — wieder im Gegensatz zur Gnade — der Verzicht auf eine sichernde Maßnahme von der Behörde, die ihn ausgesprochen, oder von einer vorgesetzten, im Zweifel stets widerrufen werden kann.

Klar liegt die Sache auch bei der Polizei-Aufsicht. Die Einflußlosigkeit des Erlasses der Hauptstrafe ist durch § 38 Abs. III ausdrücklich sanktioniert.[1]) Die der Polizei-Behörde eingeräumten Befugnisse können ferner auch durch keine selbstständige, sich etwa auf deren Folgen beziehende Begnadigung beseitigt werden. Wohl aber ist es möglich, daß, wie jede der betreffenden Polizei-Behörde vorgesetzte Instanz, so auch der Souverän auf dem für derartige Eingriffe in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden normierten Wege der Polizeibehörde untersagt, von ihrer Befugnis, den Delinquenten unter Aufsicht zu stellen, Gebrauch zu machen, bezw. anordnet, die schon tatsächlich ausgeführte Polizeiaufsicht wieder aufzuheben. Die Möglichkeit einer solchen Einwirkung des Souveräns auf den Vollzug sichernder Maßnahmen erscheint hier besonders natürlich, wo sich zwischen das gerichtliche Erkenntnis und den Vollzug noch die freie Entschließung einer Verwaltungsbehörde einschiebt, also schon äußerlich betrachtet, von einer durch das Urteil begründeten Vollstreckungspflicht keine Rede sein kann. Denn hier hat schon die zuständige Landespolizeibehörde selbst die Möglichkeit, auf die Vollstreckung der zulässigen Polizeiaufsicht zu verzichten. Ebenso wie sie wird aber auch die vorgesetzte Instanz diesen Verzicht nur aus solchen Gründen zu üben haben, die mit dem Wesen einer sichernden Maßnahme sich decken.

Genau das Gleiche wie für die Polizei-Aufsicht gilt für die Ueberweisung an die Landespolizeibehörde. Dieselben Gründe, die uns oben annehmen ließen, daß die Verjährung der Haftstrafe trotz des Wortlauts des § 362 Abs. II dem Eintreten der Ueberweisung nicht im Wege stehe, gelten auch für die Einflußlosigkeit einer ganzen oder teilweisen Begnadigung der Hauptstrafe: vor allem ist es die Erwägung, daß angesichts des präventiven Charakters der Ueberweisung eine solche Abhängigkeit jeder inneren Berechtigung entbehren würde.[2]) Wie bei der Polizei-

[1]) Daß auch bei völligem Erlaß der Hauptstrafe vor Antritt derselben die Stellung unter Polizeiaufsicht nicht etwa an der Unmöglichkeit, die Gefängnisverwaltung zu hören, scheitert, wurde schon oben gesagt. cf. auch Binding, Handb. S. 874.

[2]) Binding, Handb. I S. 874 kommt zum gleichen Resultate durch analoge Anwendung des § 38 Abs. III. Olshausen N. 2 zu § 362 schließt

Aufsicht sind ferner die einzelnen Folgen der Ueberweisung einer Begnadigung unzugänglich; dagegen steht prinzipiell nichts im Wege, daß auch hier die Landespolizeibehörde von ihren vorgesetzten Stellen angewiese werde, von ihren Befugnissen keinen oder nur beschränkten Gebrauch zu machen.[1] [2])

Auf letzterem Wege kann auch die Ausweisung des Ausländers nach § 284 Abs. II verhindert, bezw. dem Ausgewiesenen die Befugnis zur Wiederkehr eingeräumt werden. —

Wir haben gesehen, daß das auf Einziehung erkennende Urteil dem Staate Eigentum verschafft, und zwar einerlei, ob die Einziehung gerade Strafe ist oder nicht. Ist sie Strafe, so kann sie durch Begnadigung beseitigt werden. Da eben das Urteil die Vollstreckung hier in sich schließt, die Gnade der Vollstreckung also nur nachfolgen kann, so bedeutet eine solche Begnadigung Aufhebung jener Wirkung des Urteils, also eine Art Restitution. — Soweit es sich um eine polizeiliche Maßnahme handelt, ist diese Begnadigung ausgeschlossen. Dagegen steht es dem Staate frei, was er mit den ihm gehörigen Gegenständen machen will. Er kann sie vernichten, verkaufen, oder auch sie dem früheren Eigentümer wieder übertragen, und zwar nicht etwa nur da, wo im Fall unterschiedsloser Einziehung ein Unschuldiger betroffen wurde, sondern auch dem wegen des be-

sich hier Binding an, im Gegensatz zu seiner eigenen bezüglich des Falles der Verjährung angewendeten Argumentation (N. 5 b zu § 70). — A. A. Frank N. III zu § 362.

[1]) cf. auch Grobleben a. a. O. S. 266 und Frank N. III zu § 362.

[2]) Als bedingte Abstandnahme von einer sichernden Maßnahme und nicht als bedingte Verurteilung bezw. Begnadigung — wie v. Hippel, dies annimmt — erscheint es daher, wenn dem Ueberwiesenen die korrektionelle Nachhaft von der Landespolizeibehörde unter der Bedingung erlassen wird, daß er sich in eine sogen. Arbeiterkolonie begibt und hier während einiger Monate straffrei führt; so unter besonderen Voraussetzungen in Bayern und Baden (ähnlich auch Preußen). Von unserem Standpunkte aus ist gegen ein solches Verfahren im Prinzip nichts einzuwenden: warum sollte eine polizeiliche Maßregel nicht durch eine andere, welche im konkreten Falle den gleichen Zweck der Spezialprävention zu erfüllen verspricht, ersetzt werden? Anders muß dagegen die Stellungnahme sein, wenn man in der korrektionellen Nachhaft eine Nebenstrafe und daher in dem genannten Verfahren eine bedingte Begnadigung sieht. Im Einzelnen cf. hiezu v. Hippel, vergl. Strafrechtsdarstellung a. a. O. S. 208 ff.

treffenden Delikts zu Strafe verurteilten Eigentümer. Von der Begnadigung abgesehen dürfte die so erfolgte Rückübereignung einer zur Strafe eingezogenen Sache nicht zulässig sein. Da die Vollstreckung schon mit Rechtskraft des Urteils geschehen ist, wäre es zwar kein direkter Verstoß gegen die Strafvollstreckungspflicht; immerhin würde es materiell die Wirkungen der Vollstreckung wieder aufheben und so jene Pflicht verletzen. Natürlich ist es aber auch da, wo es sich nicht um Strafe handelt, Pflicht der zuständigen Behörden, die vom Gesetz gewollten polizeilichen Zwecke nicht willkürlich durch Rückgabe der Sache zu vereiteln. Nur ist diese Pflicht ganz anderer Natur, als eine durch das Wesen des Anspruchs begründete, aus dem ihn feststellenden Urteil resultierende formelle Strafvollstreckungspflicht.

Die Unbrauchbarmachung ist sowohl nach § 41 wie nach § 42 stets polizeiliche Maßnahme. Daß im Falle des § 42 nicht von Begnadigung gesprochen werden kann, dürfte selbstverständlich sein. Das Gleiche muß aber auch da gefordert werden, wo die Maßregel als Nebenfolge eines Delikts neben der Strafe auftritt. Insbesondere wird der auf Erlaß der Strafe im Ganzen gerichtete Gnadenerlaß sich nicht auf die Unbrauchbarmachung mitbeziehen können. Davon ist auch hier der Fall zu unterscheiden, daß der Staat durch die zuständigen Organe auf Durchführung seines Rechtes auf Unbrauchbarmachung verzichtet.[1])

Die Unfähigkeits-Erklärung zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste nach § 319 wird, wie alle sogen. Ehrenfolgen des G.B., durch das sie aussprechende Urteil unmittelbar vollstreckt; die Wirkungen dauern auf Lebenszeit des Verurteilten. Eine etwaige Begnadigung müßte also hier die Gestalt der Rehabilitation an-

[1]) Es sei hier kurz die Frage gestreift, ob die Abolition, d. h. der vom Souverän geübte Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch vor rechtskräftiger urteilsmäßiger Feststellung desselben, soweit eine solche überhaupt zulässig ist, der selbständigen Einziehung oder Unbrauchbarmachung im Wege steht. Da es sich bei letzterer nicht um Durchsetzung eines Strafanspruchs handelt, ist die Frage zu verneinen, es sei denn, daß in dem betreffenden Abolitions-Akte der Wille liegt, auch auf andere sich aus dem Delikt ergebende staatliche Ansprüche, speziell die genannten, zu verzichten.

nehmen.[1]) Schon gemäß den für diese geltenden Prinzipien läßt der Erlaß der Strafe im allgemeinen, als Verzicht auf den noch nicht vollstreckten Strafanspruch, die schon eingetretenen Urteilswirkungen unberührt, und es bedarf einer eigenen Willensbetätigung des Souveräns, um neben der Begnadigung der Hauptstrafe auch die Rehabilitation herbeizuführen.[2]) Da nun die Maßregel des § 319 dem Wesen nach keine Strafe ist, so kann von einer eigentlichen Begnadigung ihrer Wirkungen durch Rehabilitation nicht gesprochen werden. Doch wird man dem Souverän die Möglichkeit zubilligen müssen, die Wiederbeseitigung jener Wirkungen des Urteils herbeizuführen, also durch einen Willensakt genau den gleichen Erfolg zu erzielen, den auch die gnadenweise Rehabilitation hätte. Hier wird also äußerlich dieser Akt völlig einer „Begnadigung" gleichen und sich nur dem Wesen nach von ihr unterscheiden. Insbesondere gilt dies mit Rücksicht darauf, daß hier, wo das Urteil konstitutive Kraft hat, die Wiederaufhebung der durch dasselbe erzeugten Wirkung wohl nur dem Souverän selbst zusteht. —

Es sei gestattet, hier die Frage anzufügen, ob die Verhängung sichernder Maßnahmen auf dem Wege der Gnade zulässig ist. — Die Begnadigung ist nicht nur in der Weise möglich, daß eine Strafe bezw. ein Teil derselben erlassen wird, sondern auch so, daß an Stelle der erkannten Strafe eine nach Quantität oder Qualität mildere tritt. Kann nun da, wo eine sichernde Maßnahme in der Form der Nebenstrafe auftritt,[3]) der Souverän dieselbe im Gnadenwege an Stelle einer „härteren" Strafe verhängen, sei es allein, sei es zusammen mit einer milderen Hauptstrafe, neben welcher jene Maßregel zulässig ist? Besonders ventiliert wurde diese Frage bezüglich der Polizei-Aufsicht; die verschiedensten Gesichtspunkte wurden zu ihrer Beantwortung herangezogen; auf diese, die sämtlich von dem Charakter der Maßregel als Nebenstrafe ausgehen, haben wir uns hier nicht

[1]) Eine andere Art der Wiedererlangung aberkannter Ehrenrechte als auf dem Wege der Gnade gibt es nach unserem Strafrechte nicht.

[2]) Dies ergibt sich auch aus St.G.B. § 36, letzter Satz; cf. Binding Handbuch I S. 876 Anm. 16.

[3]) Nur bezüglich solcher sichernder Maßnahmen kann diese Frage überhaupt eine Rolle spielen.

einzulassen,[1]) vielmehr nur Folgendes festzustellen: Wo durch Gnade eine mildere Strafe an die Stelle der härteren gesetzt wird, geschieht dies nur vom Gesichtspunkt der Vergeltung aus; es soll das kleinere Uebel an Stelle des größeren treten. Nun sollen aber die sichernden Maßnahmen gar kein Uebel darstellen, zum mindesten nicht in erster Linie. Wenn also im Wege der Gnade eine sichernde Maßnahme verhängt würde, so geschähe es nur wegen einer solchen Wirkung, die dem Wesen der Maßregel nach höchstens eine akzessorische sein soll; diese würde an erste Stelle gesetzt. Somit widerspricht es dem Wesen einer sichernden Maßnahme, im Wege der Begnadigung statuiert zu werden.

6) Der Tod des Verbrechers als Strafaufhebungsgrund.

Es liegt im Wesen der Strafe als Vergeltung enthalten, daß der Strafanspruch durch den Tod des Delinquenten erlischt.[2]) Der Tod ist also nicht nur ein tatsächlicher Hinderungsgrund der Durchführung des Strafanspruchs. Wo scheinbar ein durch Urteil festgestelltes Strafrecht nach dem Tode des Verurteilten vollstreckt wird, handelt es sich in Wahrheit nicht mehr um die Vollstreckung eines Strafanspruchs; dies gilt, wie oben bereits ausgeführt, vor allem für § 30 St.G.B., wonach eine Geldstrafe dann in den Nachlaß vollstreckt werden kann, wenn das sie verhängende Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig geworden war.

Etwas anderes ist es bei durch den Richter verhängten sichernden Maßnahmen. Es liegt nicht in ihrem Begriffe enthalten, daß sie sich höchstpersönlich gegen ein bestimmtes Individuum richten. Nur die Rücksicht auf den Zweck der betreffenden Maßregel muß entscheidend sein. Richtet sie sich tatsächlich gegen einen ganz bestimmten Menschen und hat nur mit Rücksicht auf diesen Sinn, so ist es selbstverständlich, daß dessen Tod sie als gegenstandslos wegfallen läßt; dies gilt vor allem für sämtliche Maßnahmen, welche eine zum Zwecke der Sicherung vor einem Individuum getroffene Freiheitsbeschränkung desselben darstellen. Wo dagegen der Zweck der betreffenden Maßregel nicht durch den Tod eines Menschen eo ipso fortfällt,

[1]) cf. darüber Fuhr, d. Polizei-Aufsicht S. 36 ff.

[2]) cf. Binding, Handb. I S. 811 ff.

dieselbe also einen unpersönlichen Charakter hat, darf sie nicht bloß wegen ihrer Bindung an ein Strafverfahren, das natürlich immer einen bestimmten Angeklagten voraussetzt, den strafrechtlichen Grundsätzen über den Einfluß des Todes unterworfen werden.

Besondere Bedeutung kommt dem für die Maßnahmen der Einziehung und Unbrauchbarmachung zu, soweit sie polizeilicher Natur sind. Denkbar wäre auch hier ein rein persönlicher Charakter, so z. B. eine Unbrauchbarmachung, die nur deshalb statuiert ist, weil der in Frage kommende Gegenstand lediglich in der Hand eines ganz bestimmten Individuums gefährlich erscheint. Stirbt dieses nach der Verurteilung, so wäre es Pflicht des Staates, dem Zwecke der Maßregel gemäß auf das Vollstreckungsrecht zu verzichten. Ein Erlöschen desselben durch den Tod ipso iure würde aber auch da nicht eintreten. Soweit aber der Maßregel ein solch' persönlicher Charakter nicht beikommt, muß gefordert werden, daß der Tod des Beteiligten auf sie ohne Einfluß bleibe.

Interesse beanspruchen von hier aus die §§ 42 und 152 St.G.B. Ist der Strafanspruch gegen eine Person durch ihren Tod v o r Erlaß eines Urteils untergegangen, so kann die neben der betreffenden Strafe zulässige Einziehung oder Unbrauchbarmachung selbständig erkannt werden. Dieser Fall wurde bereits oben besprochen; er ist ein deutliches Symptom des polizeilichen Charakters der selbständigen Einziehung und Unbrauchbarmachung. — Was ferner den Tod des Verurteilten nach Rechtskraft des Urteils anlangt, so beruht seine Einflußlosigkeit bei der neben einer Strafe ausgesprochenen Einziehung schon auf der eigentumübertragenden, die Vollstreckung in sich schließenden Wirkung des Urteils.[1]) Ist der Staat durch dieses einmal Eigentümer geworden, so hat der Tod des früheren Eigentümers natürlich keine Bedeutung mehr. Wie gegen Jedermann, so kann der Eigentums-Anspruch auch gegen die Erben des Betreffenden geltend gemacht werden. — Analoges muß bezüglich der Unbrauchbarmachung aus ihrem polizeilichen Charakter heraus geschlossen werden. Ist auf das Recht des Staates zur Unbrauchbarmachung nach § 41 rechtskräftig erkannt, so kann der Tod des Verurteilten die Durchführung des staatlichen Anspruchs nicht hindern. Zur entgegen-

[1]) Und zwar ohne Rücksicht, ob es sich um Einziehung zur Strafe handelt oder nicht.

gesetzten Auffassung muß man gelangen, falls man die Maßregel für eine Strafe hält.[1])

Anhang.

7) Grundsätze der Vollstreckung.

Es sei im Folgenden noch kurz untersucht, in welcher Weise die polizeilichen Maßnahmen des R.St.G.B. zu vollstrecken, bezw. inwieweit die in der St.P.O. §§ 481—495 enthaltenen Bestimmungen über die Vollstreckung von Strafen analog auf diese sichernden Maßnahmen anzuwenden sind. Von einer prinzipiellen Unanwendbarkeit solcher für Strafen geltenden Vollstreckungsgrundsätze auf polizeiliche Maßregeln kann nicht gesprochen werden. Denn es handelt sich dabei im Wesentlichen nur um Grundsätze formeller Natur. Daß materiell der Vollzug z. B. der korrektionellen Nachhaft dem ausschließlichen Besserungszweck gemäß sich von dem einer Freiheitsstrafe zu unterscheiden hat, ist eine selbstverständliche Forderung. Daß es daher dem Wesen der korrektionellen Nachhaft widerspricht, wenn dieselbe, wie vielfach in Deutschland, im Vollzuge wie eine Freiheitsstrafe behandelt oder überhaupt ohne besondere Rücksicht auf den Besserungszweck gehandhabt wird, wurde schon erwähnt. Dagegen können die formellen Bestimmungen der St.P.O. über Vollstreckung einer Freiheitsstrafe eventuell ganz gut analog auf eine in Freiheitsentziehung bestehende sichernde Maßnahme anwendbar sein. Es wird sich da immer um eine Frage des konkreten Falles handeln. Soweit das Wesen der betreffenden Maßregel hier überhaupt einen Einfluß haben kann, ist im Zweifel natürlich auf dasselbe zu rekurrieren.

Zusammenzufassen bei dieser Untersuchung sind die Maßnahmen der Polizei-Aufsicht, ferner die des § 362 sowie die Ausweisung nach § 284. Bei diesen ist schon durch die ganze materielle Regelung im St.G.B. wie die Verhängung so auch die Vollstreckung der Landespolizeibehörde vorbehalten. Die Polizeibehörde, welche Jemand auf Grund gerichtlichen Urteils z. B. ihrer Aufsicht unterstellt oder in ein Arbeitshaus verbringt „vollstreckt“ — im technischen Sinne gesprochen — überhaupt nicht

[1]) § 30, der nur von der „Geldstrafe“ spricht, kann auf die Unbrauchbarmachung, falls man sie für Strafe hält, nicht angewendet werden.

das betreffende Urteil, sondern macht lediglich von einer ihr durch dieses zuerkannten Befugnis Gebrauch. Dieser Umstand ist für alles Weitere entscheidend, d. h. er bestimmt die prinzipielle Nichtanwendung der Vollstreckungsvorschriften der St.P.O., welche von der Vollstreckung einer unmittelbar vom Richter verhängten Strafe durch Staatsanwalt bzw. Amtsrichter gemäß § 483 St.P.O. ausgehen. Von einer solchen Vollstreckung kann hier aber keine Rede sein.[1]) Wenn die Staatsanwaltschaft bzw. der Amtsrichter den Delinquenten nach verbüßter Haftstrafe der Landespolizeibehörde auf deren Ersuchen hin vorführt, so ändert dies an dem Gesagten natürlich nichts. — Die ausgedehnteste Anwendung der strafprozessualen Grundsätze käme bezüglich der sog. korrektionellen Nachhaft in Frage. Außer § 483 wären die §§ 487, 488, 489, 490,[2]) 493, 494 Abs. 1, 2 und 4 St.P.O. eventuell zu berücksichtigen. Daß schon formell diese Bestimmungen keine Anwendung dulden, wurde eben gesagt. Im Einzelnen muß hier genügen, auf die Ausführungen von *Grobleben* in seinem schon mehrfach zitierten Aufsatze, S. 247 ff. und 271, zu verweisen. Es ist daran festzuhalten, daß die Verhängung und Vollstreckung der konkreten Maßregel in den Händen der Polizei-Behörde liegt, diese also auch sämtliche auf letztere bezüglichen Entscheidungen zu treffen hat, bei denen sie in keiner Weise durch die St.P.O. gebunden ist.[3]) Insbesondere die Beschwerden des Delinquenten gegen die Verhängung der betreffenden Maßregel durch die Landes-

[1]) Die Frage, ob dem § 483 St.P.O. eine derartige analytische Bedeutung beikommt, daß eine Maßregel, welche nicht nach seinen Grundsätzen zu vollstrecken ist, schon allein deswegen nicht als kriminelle Strafe betrachtet werden kann, möchte ich nicht bejahen. Die Vollstreckung nach § 483 hat doch mit dem Wesen der Strafe nichts zu tun. Warum sollte der Gesetzgeber da nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen, durch eine dem § 483 gegenüber als lex specialis erscheinende Bestimmung die Vollstreckung einer Strafe z. B. den Organen der Polizei übertragen? A. A. Grobleben S. 248.

[2]) Soweit ein Zweifel über die Auslegung des betreffenden Strafurteils entsteht, greift, auch wenn dieser nur die Festsetzung der Ueberweisung betrifft, § 490 Platz.

[3]) Es sei denn, daß auf Grund landesrechtlicher Norm die betreffenden Bestimmungen der St.P.O. auf jene Vollstreckung durch die Landespolizeibehörde anzuwenden seien.

polizeibehörde,[1]) bezw. gegen deren Vollzug, können nur Verwaltungsbeschwerden in dem für solche landesrechtlich eventuell zuständigen Instanzenzuge sein. Dieser letzte Punkt erschiene allerdings als mit dem Wesen einer kriminellen Strafe unvereinbar. — Sind alle oben genannten Paragraphen aus formellen Gründen unanwendbar, so fällt bei § 493 noch ein materieller Grund in die Wagschale. Dieser Paragraph bestimmt, daß die Dauer des Aufenthalts eines zu Freiheitsstrafe Verurteilten in einer Krankenanstalt nach Beginn der Strafvollstreckung in die Strafzeit einzurechnen ist, wenn nicht die Krankheit vom Delinquenten mit der Absicht, die Vollstreckung zu unterbrechen, herbeigeführt wurde. Bei einer Freiheitsstrafe entspricht eine solche Bestimmung wohl nur der Billigkeit. Anders bei einer sichernden Maßnahme, deren erster Zweck die Besserung des Delinquenten ist. Es ist einleuchtend, daß eine systematische, vor allem durch strenge Arbeit zu verwirklichende soziale Besserungskur eine störende Unterbrechung erleiden muß, wenn der Delinquent aus dem Arbeitshaus oder der Besserungsanstalt oder dem Asyl in eine Krankenanstalt gebracht wird. In einer solchen dürfte es geradezu unmöglich sein, die genannten Besserungszwecke wirksam zu fördern. Es muß darum gefordert werden, daß der Aufenthalt in einem Krankenhause auf die Dauer einer lediglich der Besserung dienenden sichernden Maßnahme nicht angerechnet werde.[2])

Analoge Prinzipien wie für die Folgen der Ueberweisung an die Landespolizeibehörde gelten für die Polizei-Aufsicht. Insbesondere ist auch hier gegen die Verhängung oder den Vollzug der Maßregel durch die Polizei-Behörde nur eine Verwaltungsbeschwerde nach Maßgabe des Landesrechts zulässig und haben die Verwaltungsbehörden sämtliche nötig werdenden Entscheidungen selbst zu treffen.[3])

---

[1]) Gegen das Urteil, das die Ueberweisung ausspricht, kann natürlich Berufung eingelegt, und zwar dieselbe nach 359 St.P.O. auch auf die Ueberweisung beschränkt werden, eine Möglichkeit, von der die Ueberwiesenen in praxi sehr viel Gebrauch machen.

[2]) cf. die Ausführungen über die gleiche Frage bez. der sichernden Maßnahmen des Schweizer. Entwurfs bei Wüst S. 175 ff.

[3]) Vgl. Olshausen N. 14 zu § 38; Fuhr, Polizei-Aufsicht S. 92, Strafrecht und Sozialpolitik S. 227; Frank N. VI zu § 39. — § 490 halten dagegen

Was dann die Unterbringung eines Jugendlichen in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt nach § 56 Abs. II betrifft, so kann auch hier von „Straf"vollstreckung natürlich keine Rede sein. Der Vollzug der Maßnahme ist ein rein verwaltungsrechtlicher, die zuständige Verwaltungsbehörde ist es, welche die betreffende Anstalt bestimmt.[1])

Nicht so einfach gestaltet sich die Sachlage für die Einziehung und Unbrauchbarmachung. Bezüglich der ersteren haben wir gesehen, daß, rein rechtlich betrachtet, die Vollstreckung mit der Rechtskraft des Urteils ipso iure eintritt, d. h. durch den in diesem Augenblick stattfindenden Eigentums-Uebergang an den confiscanda geschehen ist. Da es dem Staate jedoch nicht darum zu tun ist, sich durch Erwerb eines Vermögensrechtes zu bereichern, sondern vielmehr den betreffenden Gegenstand tatsächlich einem Anderen zu entziehen, so ist es nötig, daß der staatliche Eigentumsanspruch so rasch wie möglich realisiert werde. In vielen Fällen wird ja der Staat über die confiscanda schon auf Grund vorangegangener Beschlagnahme die Verfügung haben.[2]) Wo dies aber nicht der Fall ist, kann es schon auf Grund der eben erörterten ratio nicht als angängig erscheinen, den Staat auf die eventuelle Geltendmachung seines Eigentums im Wege des Zivilprozesses zu verweisen. Den tatsächlichen Vollzug nun bloß den Verwaltungsbehörden nach Maßgabe landesgesetzlicher Regelung zu überlassen,[3]) erscheint kein zwingender Grund vorhanden. Vielmehr dürfte es das nächstliegende sein, die Bestimmungen der St.P.O. über die Strafvollstreckung, insbesondere §§ 483 und 495, analog anzuwenden.[4]) Dazu führt uns insbesondere folgende Betrachtung: Auch wo die Einziehung Strafe ist, begründet das Konfiskations-Urteil Eigentumserwerb des Staates, auch hier bedarf es aber tatsächlichen Vollzugs der rechtlich

für anwendbar: Oppenhoff-Delius N. 19 zu § 38, Löwe St.P.O. N. 3 zu § 490.

[1]) cf. Goltdammers Archiv XLI, S. 31.

[2]) Seuffert in v. Stengels Wörterbuch des Verwaltungsrechts I S. 315 will auch die urteilsmäßig ausgesprochene Einziehung nach § 94 St.P.O. vollziehen lassen. Dieser Paragraph dürfte jedoch auf den Vollzug der schon durch Urteil festgestellten Einziehung überhaupt nicht zu beziehen sein.

[3]) So Beling, Lehrb. S. 625.

[4]) So Vorberg S. 118 ff.; Schötensack S. 136.

schon abgeschlossenen „Vollstreckung." Hier, wo es sich um Strafe handelt, dürfte es nun gewiß sein, daß die Bestimmungen der St.P.O. Anwendung finden können. Ist dies aber der Fall, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht auch bei der Einziehung als sichernden Maßnahme anwendbar sein sollen, da ja formell die Wirkung des Urteils hier wie dort die gleiche ist. Wo also eine tatsächliche Wegnahme des confiscandum noch nötig ist, hat dieselbe, mag die Einziehung im Strafprozeß neben einer Strafe, oder mag sie im sog. objektiven Verfahren verhängt worden sein, gemäß § 495 St.P.O., also „nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Zivilgerichte" (§§ 704 ff. Z.P.O.) zu erfolgen. Ueber die Details vergleiche *Vorberg* S. 118 ff. und *Schötensack* S. 135 ff. — Ein Punkt sei hier noch bezüglich der Ansicht *Köbners,* der Staat müsse das Eigentum an den betreffenden Gegenständen eventuell im Wege des Zivilprozesses geltend machen, bemerkt: Diese Forderung ist die konsequente Folgerung aus einer Auffassung, die im Konfiskations-Urteile lediglich den durch dieses herbeigeführten Eigentumserwerb sieht und diesen wie jeden anderen Eigentumserwerb behandelt, dabei aber nicht weiter berücksichtigt, daß er doch durch ein Urteil und aus ganz bestimmten Gründen herbeigeführt wurde. Es erschiene nun aber doch mindestens als irrationell, wenn der Staat, um den betreffenden Gegenstand zu erlangen, zwei Prozesse durchführen müßte: einen, der ihm das Eigentum lediglich verschafft, und einen weiteren zur tatsächlichen Durchsetzung des begründeten Eigentumsanspruchs, etwa auf Herausgabe der Sache. Warum sollte aber das Einziehungsurteil selbst nur konstitutive Wirkung haben, und nicht auch exekutorische? Der ratio des Instituts, den Gegenstand baldmöglichst einem Individuum zu entziehen, wie auch dem Prinzip der Ökonomie der zur Erreichung eines rechtlichen Zweckes nötigen Mittel, entspricht es doch weit mehr, es bei einem Urteile bewenden zu lassen, aus dem sofort vollstreckt werden kann. Wenn somit das betreffende Urteil sagt, dieser oder jener Gegenstand wird eingezogen, so enthält dieser Ausspruch mit dem Eigentumsübergang zugleich die Grundlage zu dessen Vollstreckung; es erscheint also ebenso zweckentsprechend wie formell möglich, wenn unmittelbar aus dem Einziehungsurteil gemäß § 483 bezw. 495 die Vollstreckung betrieben wird.

Das auf Unbrauchbarmachung nach § 41 oder 42 lautende Urteil enthält die Vollstreckung selbst nicht, da die Unbrauchbarmachung keinen Eigentumsübergang begründet. Es muß also eine „Vollstreckung“ stattfinden. Auch hier erscheint es, wie bei der Einziehung, am zweckmäßigsten, die entsprechenden Bestimmungen der St.P.O. über Strafvollstreckung (§ 495) auf diese sichernde Maßnahme analog anzuwenden.[1])

---

[1]) Es kommen also vor allem §§ 890 bis 893 Z.P.O. in Betracht. — Vgl. über das Einzelne im übrigen Schötensack S. 137 ff.

Schlussbetrachtung.

Wir dürfen unsere Betrachtung über die sichernden Maßnahmen nicht abschließen, ohne — am Vorabend der Reform unseres St.G.B. — unseren Blick noch in die Zukunft zu richten. Nach der Bedeutung, welche in den letzten Jahrzehnten in Wissenschaft wie Gesetzgebung — man denke an den Schweizer Entwurf! — den sichernden Maßnahmen beigelegt wurde, ist es ausgeschlossen, daß der deutsche Gesetzgeber an dieser wichtigen kriminalpolitischen Materie achtlos vorbeigehen wird. Eine Reform im Sinne der sog. Sicherungsstrafe wird uns allerdings nicht beschieden werden. Doch sind die Beziehungen zwischen Generalprävention und Spezialprävention so innige, daß selbst beim exklusivsten Festhalten an der Vergeltungsstrafe eine Berücksichtigung sichernder Maßnahmen in einem St.G.B. sich kaum völlig vermeiden läßt; den besten Beweis hiefür dürfte unser geltendes R.St.G.B. liefern. Bei der Reform wird es sich nun prinzipiell darum handeln, ein Strafgesetzbuch, und nicht etwa ein allgemeines Verbrechensbekämpfungsbuch zu schaffen, also ein Gesetzbuch, das sich vor allem mit dem wichtigsten Verbrechensbekämpfungsmittel, nämlich mit der Strafe befaßt, ohne die vielfachen anderen Bekämpfungs-Methoden des Verbrechens ex professo mit behandeln zu wollen. Dabei wird man auf die sichernden Maßnahmen wohl gründlicher und systematischer eingehen, als dies das Gesetzbuch vom Jahre 1870 tat. Schon die größere Klarheit, welche heute über diese Materie herrscht, bedingt bei diesem Eingehen eine schärfere Stellungnahme bezüglich der

Frage der Abgrenzung der sichernden Maßnahmen von den Strafen und bezüglich der sich daran knüpfenden Folgerungen, als dies früher geschah. Die Forderung, welche wir nun hier auf Grund unserer Betrachtungen erheben müssen, ist die nach reinlicher Scheidung! Gemäß den gegensätzlichen Prinzipien, auf welchen die Strafe und die sichernde Maßnahme aufgebaut sind, wäre es das Beste, wenn der Gesetzgeber sich dessen voll bewußt würde, wann er eine Strafe, wann eine sichernde Maßnahme schafft, und jede ihrem Wesen nach erkannte Maßregel dann diesem gemäß in voller Konsequenz ausgestaltete. Bei aller Anerkennung der spezialpräventiven Wirkungen der Strafe sollte doch jedes Kompromiß im Sinne der Schaffung von Instituten, welche sowohl Strafe wie sichernde Maßnahme bedeuten sollen, vermieden werden. Auch die zugleich spezialprävenierende Strafe ist Strafe und soll nur Strafe sein; ihre sonstigen Wirkungen sind sekundärer Natur und dürfen keinen Einfluß üben, wo es sich um Grundsätze handelt, welche mit dem Wesen der Strafe gegeben sind. Das Zweckmäßigste wäre es daher, wenn das Gesetz Strafen und sichernde Maßnahmen auch äußerlich scharf trennen würde. Dann könnte es die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Strafrechts auf die wirklichen Strafen beschränken und andrerseits die sichernden Maßnahmen auch lediglich den sich aus ihrem Wesen ergebenden Prinzipien unterstellen. Verquickung von Strafen und sichernden Maßnahmen schadet beiden Institutionen. Die Generalprävention verliert an Eindrucksfähigkeit, wenn ihre Prinzipien da angewendet werden, wo es sich in Wahrheit nicht um Strafe handelt, und wenn andrerseits da, wo eine Strafe vorliegt, deren Wesen durch der Spezialprävention entnommene Züge verwirrt wird; insbesondere aber kann eine sichernde Maßnahme nur dann ihre volle Wirkung im Dienste des Rechtsgüterschutzes entfalten, wenn sie gemäß ihren eigenen Grundsätzen gehandhabt wird.